Michael Núñez Torres / Miguel Neria Govea
Santiago Ortega / Rafael Santacruz Lima
Silvia Luna Pichardo / Juan Francisco García Díaz
Gustavo Aguilera Izaguirre / Sergio Arnoldo Morán Navarro
Humberto Lomelí Payán / Paulette Josefina Soler Prieto
Rogelio López Sánchez / Alonso Cavazos Guajardo Solís
Daniel Padilla Cruz / Luis Fernando Zepeda García
Laura Alicia Camarillo Govea / Christian Norberto Hernández Aguirre
Luis Enrique Concepción Montiel

Justicia Constitucional:
Problemática en torno a la crisis del concepto de constitución

Michael Núñez Torres / Miguel Neria Govea
Santiago Ortega / Rafael Santacruz Lima
Silvia Luna Pichardo / Juan Francisco García Díaz
Gustavo Aguilera Izaguirre / Sergio Arnoldo Morán Navarro
Humberto Lomelí Payán / Paulette Josefina Soler Prieto
Rogelio López Sánchez / Alonso Cavazos Guajardo Solís
Daniel Padilla Cruz / Luis Fernando Zepeda García
Laura Alicia Camarillo Govea / Christian Norberto Hernández Aguirre
Luis Enrique Concepción Montiel

JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA CRISIS DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

MICHAEL NUÑEZ TORRES
SANTIAGO ORTEGA
MIGUEL NERIA GOVEA
RAFAEL SANTACRUZ LIMA
(Editores)

UNIVERSIDAD PRIVADA DE ICA

1ª edición

© Michael Núñez Torres / Miguel Neria Govea
Santiago Ortega / Rafael Santacruz Lima
Silvia Luna Pichardo / Juan Francisco García Díaz
Gustavo Aguilera Izaguirre / Sergio Arnoldo Morán Navarro
Humberto Lomelí Payán / Paulette Josefina Soler Prieto
Rogelio López Sánchez / Alonso Cavazos Guajardo Solís
Daniel Padilla Cruz / Luis Fernando Zepeda García
Laura Alicia Camarillo Govea / Christian Norberto Hernández Aguirre
Luis Enrique Concepción Montiel

Colección Derecho y Constitucionalismo (s)
© Santiago Ortega
Director

Universidad Privada de Ica
Av. Tupac Amaru 1336, Ica - peru
Telefono: (o56) 232412
web: www.upica.com

Título: Justicia Constitucional: Problemática en torno a la crisis del concepto de constitución

ISBN: 978-603-45173-0-1
Hecho en el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N° 2015-12430

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico no mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

ÍNDICE GENERAL

LA CONSTITUCIÓN MIXTA COMO ALTERNATIVA A LAS CONTRADICCIONES DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL
Michael Núñez Torres

I. La problemática del conflicto entre paradigmas teóricos y epistemológicos dentro del concepto de constitución 15
II. El Derecho constitucional a comienzos del siglo XXI 18
III. La Constitución material y la Constitución formal en una teoría constitucional del institucionalismo jurídico 21
IV. El concepto clásico de «Constitución mixta» y su utilización dentro de la teoría constitucional 28
V. La Constitución mixta como complejo institucional jurídico político en el neoconstitucionalismo 35
VI. Consideraciones finales 43

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS QUE ENFRENTA EL CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO
Miguel Neria Govea

I. Introducción 47
II. Diferencias entre la Interpretación Constitucional y Legal 49
III. Evolución de la Justicia constitucional en México. De un sistema de control constitucional semi-concentrado a un modelo de justicia constitucional Difuso 56
IV. Interpretación Constitucional en el Control Constitucional Difuso 61
Referencias Bibliográficas 66

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y CIENCIA JURÍDICA:
ENTRE EL MODELO REALISTA Y EL MODELO ARGUMENTATIVO
Santiago Ortega

Referencias Bibliográficas 79

LA CONSTITUCIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN
EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL
Rafael Santacruz Lima
Silvia Luna Pichardo

I. Consideraciones Iniciales 85
II. Dimensión teleológica de la constitución 86
III. Derechos fundamentales como contenido intangible de la constitución 89
IV. El control judicial de la constitucionalidad 93
V. Conjeturas 101
Referencias Bibliográficas 102

EL DERECHO CONSTITUCIONAL LOCAL Y EL MODELO
DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL
Juan Francisco García Díaz

1.1 El Derecho constitucional local en el modelo del Estado constitucional contemporáneo 107
1.2 El arquetipo de una Constitución red 117

LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL
Gustavo Aguilera Izaguirre

1.1. Introducción 131
1.2. Concepto de Administración Pública 132
1.3. Distinción Entre Administración y Gobierno 138
1.4. Naturaleza y fin de la Administración Pública 141
1.5. Del Buen Gobierno y La Buena Administración como Derecho Fundamental 142
1.6. Del buen gobierno y la buena administración como principio 145

1.7. La Buena Administración en México 148
1.8. Conclusiones 150
Referencias Bibliográficas 151

LOS TEMAS PENDIENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO A RAÍZ DE LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 10 DE JUNIO DE 2011

Sergio Arnoldo Morán Navarro
Humberto Lomelí Payán
Paulette Josefina Soler Prieto

1. Los derechos humanos y su perspectiva 155
2. La democracia 158
3. Los sistemas de control del gobierno 160
a. El control ordinario 162
b. El control extraordinario 163
4. Una aproximación a la justicia 165
5. El nuevo sistema de justicia penal en México 167
6. A manera de conclusión 168
Referencias Bibliográfícas 170
Referencias Hemerográfícas 173

EL JUEZ CONSTITUCIONAL: SU RESPONSABILIDAD SOCIAL E INSTITUCIONAL

Rogelio López Sánchez

Introducción 177
1. La legitimación del juez constitucional a partir de la Segunda Posguerra 180
1.1. El nuevo constitucionalismo y la indeterminación normativa 184
2. El modelo de juez constitucional del siglo XXI: defensor de valores y principios 188
2.1. La discrecionalidad judicial en la concreción de valores y principios 192
2.1.1. La discrecionalidad judicial en Kelsen y Dworkin 192
2.1.2. La discrecionalidad judicial en Hart y Endicott 199
3. Las facetas de la responsabilidad institucional en la Magistratura y el compromiso del juez ante la sociedad 203

3.1. La responsabilidad judicial en el marco del derecho fundamental de acceso a la justicia 204
3.2. El autogobierno judicial: la gestión de recursos y la responsabilidad civil y administrativa 208
Conclusiones 212

LA SUBSISTENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL LOCAL EN LATINOAMÉRICA ANTE EL MODELO DIFUSO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LAS NORMAS
Alonso Cavazos Guajardo Solís

Introducción 219
I. El federalismo como estructura modélica del Estado constitucional 226
II. El modelo difuso de regularidad de las normas en el Derecho procesal constitucional nacional y transnacional 235
III. El Derecho procesal constitucional local como aspecto institucional imprescindible delosEstadosfederales latinoamericanos 243
Conclusiones 247
Referencias Bibliográficas 250

HACIA UNA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO CONSTITUCIONAL
Padilla Cruz / Daniel Zepeda Garcia / Luis Fernando

1. Constitución y Derecho Procesal 257
2. Derecho Procesal Constitucional en proceso de consolidación 260
3. La necesidad de construir una Teoría General del Proceso Constitucional 263
4. Derecho Procesal Constitucional un objeto de estudio compartido 266
5. El rol de los derechos fundamentales en la Teoría General del Proceso Constitucional 268
6. Conclusión 273
Referencias Bibliográficas 274

¿CONVENCIÓN AMERICANA VS CONSTITUCIÓN?
ANÁLISIS DE LOS ALCANCES DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO
Laura Alicia Camarillo Govea

1. Introducción 279
2. El concepto de Constitución, breve referencia 279
3. La reforma constitucional de 2011 y la ubicación jerárquica de los tratados internacionales y la Constitución 281
4. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos 284
4.1. Aspectos generales del sistema interamericano 284
4.2. La creación de la Comisión Interamericana 287
4.3. Sobre la Corte Interamericana 288
4.4. La Convención Americana, aspectos generales 291
5. ¿Convención vs Constitución? Análisis general 295
6. Conclusiones 304
Referencia Bibliográficas 306

REFLEXIONES EN TORNO A VIRTUDES Y PERSPECTIVAS EN EL EJERCICIO JURISDICCIONAL CONTEMPORÁNEO
Christian Norberto Hernández Aguirre

I. Introducción 311
II. Argumentación constitucional en el ejercicio jurisdiccional 316
III. Los principios en las resoluciones judiciales 321
IV. Independencia e imparcialidad en la actividad jurisdiccional 324
V. La importancia de la ética y deontología en la función judicial 327
VI. La retórica en el discurso judicial 330
VII. Conclusiones 334
Referencias Bibliográficas 335

EL JUICIO POLÍTICO COMO UN COMPONENTE DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE LA CALIDAD DEMOCRÁTICA Y EL BUEN GOBIERNO
Luis Enrique Concepción Montiel

Introducción 341

1. El juicio político como un componente de la justicia constitucional .. 342
2. El juicio político en un contexto de calidad de la democracia 345
Dimensiones de tipo procedimental 348
Dimensiones de contenido 350
Dimensión de resultados 352
3. El juicio político en un ámbito de rendición de cuentas del gobernante 353
3.1. Publicidad del poder y ética política 354
3.2. Nueva gestión pública, transparencia y la rendición de cuentas 357
4. Presidencialismo y juicio político 361
Conclusiones 366
Referencias Bibliográficas 367

LA CONSTITUCIÓN MIXTA COMO ALTERNATIVA A LAS CONTRADICCIONES DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

MICHAEL NÚÑEZ TORRES

I. La problemática del conflicto entre paradigmas teóricos y epistemológicos dentro del concepto de constitución

La primera década del siglo XXI ha traído aparejada la exploración de nuevos horizontes científicos, con el fin de alcanzar un mayor desarrollo en todos los órdenes de la vida social, constituyéndose la inteligencia una vez más como la esperanza que permite atisbar un futuro mejor para la humanidad. El Derecho entendido como ciencia –más allá de las especulaciones hechas por Kirchmann en contra de tal aseveración[1]– no es ajeno a esta búsqueda y trata de dar respuestas a los fenómenos jurídicos que encontramos en esta sociedad globalizada, inmersa dentro de una profunda revolución tecnológica que todavía no alcanzamos a dimensionar. De modo que, los estudios de la Ciencia Jurídica están revisando los nuevos fenómenos jurídicos, cuyas problemáticas aparecen afectadas por las circunstancias específicas que el mundo presenta en la actualidad, lo cual dificulta al investigador jurídico la posibilidad de hacer abstracción para las construcciones teóricas respectivas. Esto se hace más evidente en el Derecho constitucional, cuando encontramos una cantidad importante de problemas al momento de ubicar una teoría constitucional que explique las relaciones constitucionales dentro del Estado y al mismo tiempo las racionalice con base en unos fines superiores. Los paradigmas jurídicos parecen ser insuficientes para conformar una teoría constitucional adecuada a la complejidad del ordenamiento jurídico actual, que sistematice las instituciones jurídicas con paradigmas igualmente actuales. No obstante, la definición de los paradigmas y las categorías de la teoría jurídica pareciera colisionar con la configuración normativa y funcional que la observación de las instituciones jurídicas nos muestra.

---

[1] J. H. von Kirchmann, *La Jurisprudencia no es ciencia*, traducción Antonio Truyol y Serra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

Esto nos enfrenta a dos problemas que se encuentran correlacionados: por un lado, la descripción de un ordenamiento jurídico con base en paradigmas epistemológicos incapaces de aprehender lo que en realidad *es* el ordenamiento jurídico; y por otro lado, la construcción teórica con base en paradigmas institucionales que no se corresponden con lo que *debe ser* el ordenamiento jurídico en razón de la dogmática constitucional.

Ciertamente, lo anterior constituye el sempiterno conflicto entre idealismo y realismo, lo cual, aunque bien puede ser predicable de todas las disciplinas jurídicas, encuentra en el Derecho constitucional el mejor de los ejemplos. En efecto, por la especial configuración que tiene la constitución como complejo institucional jurídico-político[2], es un hecho que la influencia directa que recibe de la Filosofía, Ciencia Política, Historia Constitucional, Sociología, Economía, y muy especialmente, de la ideología imperante, termina por complicar las construcciones dogmáticas de la teoría constitucional y la elección de la correspondiente estrategia epistemológica, generando toda una confusión en lo que se refiere al método del Derecho Constitucional, y en consecuencia, mayor dificultad para la comprensión de las características de las instituciones y normas constitucionales[3]. Esto no es algo novedoso, al contrario, la historia constitucional está repleta de ejemplos que grafican tal confusión conceptual y metodológica. El ejemplo de Iberoamérica es muy significativo, puesto que nos muestra cómo en esta primera década del siglo XXI, la vida social, política, jurídica de los Estados y sus respectivos ordenamientos jurídicos no son fáciles de encuadrar dentro de la teoría constitucional que presenta la doctrina.

Esta tensión entre la realidad de la vida política y social de las comunidades políticas con la teoría constitucional obliga a considerar las categorías *Constitución material* y *Constitución formal* para aprehender mejor los problemas que son objeto del Derecho constitucional, y así

---

2 Véase el concepto de Constitución desde una dogmática institucionalista en M. Núñez Torres, *La Capacidad Legislativa del Gobierno desde el concepto de Institución*, Porrúa, México, 2006, pp. 55-114.

3 Véase la clasificación de las normas constitucionales en G. Zagrebelsky, «La Constitución y sus normas», en M. Carbonell (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, Editorial Porrúa, UNAM, México, 2002, especialmente las pp. 80-92.

poder explicar los correspondientes fenómenos jurídicos. El concepto de constitución formal, en principio, no da lugar a confusión, puesto que éste queda ajustado a su aspecto meramente normativo y a su explicación a partir del método técnico jurídico. Al contrario, la constitución material implica un concepto polisémico[4], no obstante que podríamos reducirlo a dos acepciones principales: un sentido sociológico (donde las variables explicativas de las instituciones constitucionales las encontramos en la sociología, la politología y la historia del Derecho), y un sentido axiológico (que se deriva de los contenidos dogmáticos de la constitución, lo cual nos puede llevar a una utilización del método propio de la filosofía del Derecho).

En este sentido, el concepto de constitución no es entendido de forma unívoca[5] –nunca lo ha sido– y en consecuencia la teoría constitucional va a entrar de nuevo en crisis –si es que alguna vez no lo ha estado–, en razón

---

[4] En efecto, el término constitución material dista mucho de ser una expresión unívoca. Al respecto, véase R. Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, traducción M. Carbonell, Fontamara, México, pp. 43-45.

[5] La voz «constitución» no deja de ser una categoría histórica, y por lo tanto vinculada estrechamente al ordenamiento jurídico producto de los cambios jurídico-políticos de cada etapa histórica en particular y en cada uno de los distintos países de occidente, pero con un contenido mínimo inmutable, que permite que se desarrolle el parangón teórico. Justamente, la diatriba del concepto de constitución, que se debate entre la idea de una disposición real de las instituciones políticas del Estado y aquella que refiere a las normas que organizan jurídicamente el poder político del Estado, encuentra en el siglo XVIII un momento premonitorio de lo que luego sería la construcción de un concepto contemporáneo de constitución; esto lo vemos con las transformaciones del concepto de constitución en la Europa del despotismo ilustrado y aquel que resultaría de las grandes revoluciones. Al respecto véase, H. Dippel, *Constitucionalismo Moderno*, traducción de María Salvador Martínez, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 13-19. En Iberoamérica, la construcción del primer constitucionalismo recibe también, por conducto de la España dieciochesca, la influencia de la concepción constitucional del despotismo ilustrado y de las revoluciones que cimbraron al mundo en el siglo XVIII, surgiendo una verdadera disquisición dialéctica, que se manifiesta en la idea de la constitución de la nación, de corte liberal, y por tanto legitimada en la razón, frente a la Constitución de la monarquía, de corte conservadora, y por tanto legitimada en lo español y en lo histórico. Aquí resulta paradigmática, la Constitución de Cádiz de 1812. Véase R. Estrada Michel, *Nación y Constitución*, Porrúa, Escuela Libre de Derecho, México, 2008.

de la coexistencia de paradigmas pretéritos con otros que surgen como nuevos, pero que en verdad nos regresan a un ordenamiento jurídico complejo donde la constitución aparece como concepto unificador. Esta dicotomía del concepto de constitución, que termina por ser el resultado de tres visiones diferentes, constituye una problemática mayor en Iberoamérica, por lo que requiere de una visión interdisciplinaria, que pueda unir ciencia, filosofía e historia jurídicas en la comprensión del ordenamiento jurídico[6], armonizando constitución material y constitución formal. El planteamiento de esta problemática constituye la primera intención de este trabajo.

II. El Derecho constitucional a comienzos del siglo XXI

Desde finales del siglo XX hemos asistido a un desarrollo significativo del cuerpo doctrinal que conforma el Derecho constitucional. De algún modo, la globalización ha permitido un avance del Derecho constitucional comparado, que a su vez ha determinado esta proliferación de estudios e investigaciones sobre nuestra asignatura. Lo cual no deja de ser una paradoja, si tomamos en cuenta que esa globalización, que expide la partida de defunción de las ideologías al tiempo que proclama el nacimiento de un pensamiento único, es la misma en contra de la cual el neoconstitucionalismo se enfrenta. Y en el caso de Iberoamérica, el siglo XXI ha dejado claro que el tema ideológico sigue siendo un factor importante en la revisión del Derecho constitucional, al punto de que en la actualidad las teorías constitucionales de nuestro tiempo se encuentran en jaque, en razón de las corrientes ideologizantes que encontramos en diversos países del continente y que no pueden concordar con la dogmática constitucional del neoconstitucionalismo[7].

---

6 Al respecto, M. Reale, *Teoría Tridimensional del Derecho*, traducción Ángeles Mateo, Madrid, 1997, donde el autor pugna por integrar las dimensiones axiológica, sociológica y normativa del Derecho, todo lo cual, en nuestra opinión, se hace más necesario en el Derecho constitucional.

7 El caso venezolano es al respecto muy ilustrativo, al punto de que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –que se impuso en 1999 al ordenamiento jurídico venezolano sobre la base de un desconocimiento de las reglas de reforma de la Constitución de 1961– representa un modelo normativo que conjuga teorías constitucionales contradictorias, lo cual trae como resultado graves inconsistencias con los principios dogmáticos del Estado Constitucional. En este caso, la variable

Sin embargo, la justificación de la dogmática constitucional, en virtud de la cual, el Estado Constitucional se encuentra legitimado por la soberanía popular, la protección efectiva de los derechos humanos y los límites –también efectivos– de las instituciones políticas del estado (división de poderes), se funda en la idoneidad del Estado como espacio institucional propicio para el desarrollo de estos principios; los cuales son, en definitiva, los que constituyen la lógica de integración de la sociedad. Ya no desde un exclusivo punto de vista formal, sino comprendidos como imperativos constitucionales dirigidos a todas las instituciones del Estado para garantizar esta integración. En definitiva, el parámetro para evaluar la adecuación del Estado constitucional a los principios dogmáticos que lo justifican, tendrá que ver con la constatación de que:

a. las instituciones políticas estén legitimadas democráticamente;
b. las personas vivan los derechos humanos[8], y;
c. el ordenamiento jurídico exprese la integración de estos principios.

---

ideológica explica el triunfo del decisionismo político sobre la esencia del constitucionalismo (el control del poder y la defensa de los derechos humanos), lo que ha llevado incluso a desmontar las instituciones constitucionales y los derechos clásicos que se siguen manteniendo dentro del Texto Fundamental, para dar paso a la mayor regresión autoritaria de Iberoamérica en lo que va de este siglo. Un ejemplo claro fue el intento de reforma constitucional en Venezuela a partir de un proyecto de 2007, el cual, luego de ser derrotado en el referéndum de ese año, terminó de concretarse con toda una serie de reformas de rango legal, de tal suerte de que se ha venido imponiendo un diseño institucional de acuerdo a la Ideología socialista y autoritaria que ha caracterizado al sistema político venezolano desde que comenzó el siglo XXI. Sobre este punto véase A. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido den anteproyecto de reforma constitucional 2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

8 Consideramos la utilización de los términos Derechos Humanos y Derechos Fundamentales –los primeros más cercanos a los internacionalistas y los últimos a los constitucionalistas–, como sinónimos, porque con el fortalecimiento del Derecho constitucional supranacional, tal diferenciación carece de importancia práctica. Sin embargo, la doctrina ha explicado tal diferenciación, definiendo a los derechos fundamentales como los derechos humanos cuando éstos son positivizados en la constitución. Véase, M. Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado*, traducción de Eugenio Bulygin, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 207.

No se trata de simples anhelos de justicia, por el contrario, el Derecho constitucional debe servir como mecanismo para encuadrar a todo el ordenamiento jurídico nacional dentro de categorías racionales, pero respetando su estructura institucional[9]. En efecto, el ordenamiento jurídico se encuentra conformado por instituciones jurídicas, que se concretan en normas, y que a su vez expresan las relaciones institucionales, contenidas en la vida social y política, dirigidas hacia unos fines determinados.

De manera que, el Estado Constitucional no puede ser entendido con el criterio formal e individualista del Estado Liberal, que parte de una oposición entre Estado y sociedad. Al contrario, el Estado Constitucional se convierte en el canal institucional a través del cual la vida social puede alcanzar sus fines mediatos e inmediatos. La cláusula institucional «Estado social y democrático de Derecho» supone, en palabras de Pedro De Vega, «una paulatina socialización del Estado (el individuo busca en el Estado lo que en la sociedad no encuentra) a la que acompañará una paralela estatalización de la sociedad (la sociedad deja de ser el campo donde aparece la espontánea actuación de las voluntades individuales para convertirse en el lugar de encuentros de un complejo cúmulo de grupos y organizaciones donde el individuo desparece)»[10]. No obstante, lo anterior trae como consecuencia un concepto de constitución que depende de una concepción estatalista, es decir, que parte del Estado y la soberanía popular como presupuestos indispensables para explicar dicho concepto; todo lo cual lleva a que la teoría constitucional termine por resistir a los fenómenos supranacionales que la realidad globalizadora ha terminado por imponer[11].

---

9 Esta idea de Derecho que seguimos, como una estructura de carácter institucional que expresa la realidad social a través de preceptos también considerados como instituciones en tanto y en cuanto conforman todo un ordenamiento, tiene su mejor representante en el jurista italiano, discípulo de V. E. Orlando, Santi Romano. Consúltese su obra clásica *El Ordenamiento Jurídico*, traducción de Sebastián Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

10 P. De Vega, «En torno a la legitimidad constitucional», en *Estudios Homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, UNAM, México, 1988, p. 819.

11 Esto constituye, en palabras de Gomes Canotilho, el llamado «problema de la tragedia del Estado», en virtud del cual, el presupuesto estatalista –que constituía parte fundamental en la construcción del concepto clásico de Constitución–,

Sin embargo, el Derecho constitucional del siglo XXI intenta superar estas complicaciones, armonizando la heterogeneidad de ordenamientos jurídicos yuxtapuestos, articulados normativa e institucionalmente, con la ficción de una cierta homogeneidad jurídica, producto de los principios racionalizadores del Estado Constitucional. El desconocimiento de los cambios de paradigmas traería inexorablemente el fracaso de la teoría constitucional propuesta.

Los argumentos que en el siglo XXI se esgrimen acerca del Estado constitucional, o lo que es igual, las explicaciones sobre qué se debe entender por constitucionalismo, pasan necesariamente por revisar los conceptos de los cuales se nutre la teoría constitucional, en especial, los presupuestos dogmáticos. En esa revisión hay que observar si realmente son nuevos todos los conceptos y paradigmas que aparentemente están en la teoría constitucional; o si tal vez nos encontramos frente a un retorno de conceptos clásicos que habían sido abandonados, y que ahora se expresan a través de nuevas formas argumentativas conformes a los datos culturales de nuestro tiempo. En este sentido, la teoría constitucional de comienzos del siglo XXI puede acudir a un tipo ideal clásico, para encontrar un paradigma para la construcción del concepto de constitución: la Constitución mixta. Se trata de una categoría histórica, de base aristotélica, que ha servido en diferentes etapas históricas de la teoría del Estado para explicar el fenómeno de la constitución; lo cual constituye un planteamiento que, por las limitaciones de espacio que tenemos en este trabajo, tan sólo podremos esbozar, pero que constituye una línea de investigación interesante para la construcción del concepto de constitución.

III. La Constitución material y la Constitución formal en una teoría constitucional del institucionalismo jurídico

El Estado Constitucional es la expresión de un complejo institucional en el cual se sintetizan las instituciones políticas y jurídicas surgidas de la sociedad, que tiene unos fines definidos y que se relaciona con una ideología

---

pasaba a ser «víctima de su propio éxito» en tanto que suponía un dogma refutado por la propia sociedad. J. Gomes Canotilho, *Teoría de la Constitución*, traducción de C. Lema Añón, Dykinson, Madrid, 2004, p. 31. De igual manera, el jurista portugués apunta que el propio territorio –presupuesto indiscutido del concepto de Estado moderno– también se encuentra con un problema de «reinvención», en tanto que ha cedido competencias clásicas a favor de un Derecho europeo de naturaleza supranacional. Ibíd. p. 30.

determinada (la liberal), la cual es traducida según los datos que recibe de su propia cultura. Esta asimilación cultural toma en cuenta la realidad social a la que debe dar respuesta, y los paradigmas que debe utilizar como argumento. Los valores y principios constitucionales son la pieza clave en todo este entramado institucional, porque impiden el relativismo absoluto al servir de dique de contención del discurso elaborado a través de los procedimientos deliberativos propios de la vida política. De tal suerte que, en este concepto de institución tendríamos la coexistencia de aspectos objetivos y subjetivos. Utilizando las palabras de Maurice Hauriou –el más grande institucionalista de la doctrina francesa– «lo subjetivo se mantiene por nuestras voluntades conscientes y lo objetivo por nuestras ideas subconscientes»[12]. En tal sentido, la dicotomía constitución formal-constitución material puede ser aprehendida a través de los criterios teóricos y epistemológicos del institucionalismo jurídico, precisamente porque éstos combinan elementos ideales con elementos reales, superando la contradicción que a primera vista subyace en esta derivación del concepto de constitución.

La lucha por explicar quién debía prevalecer entre la constitución material, como manifestación de las instituciones que se verificaban en la realidad con independencia del texto constitucional –e incluso en su contra– , y la constitución formal, como conjunto de normas abstractas resultantes de un poder constituyente, y susceptible de ser reformada sólo a través de los procedimientos prescritos formalmente en el propio texto constitucional, constituyeron el objeto del debate de dos corrientes contrapuestas, pero que en realidad provenían de un tronco común: el positivismo[13]. Si le quisiéramos poner nombres y apellidos a este enfrentamiento nos bastaría

---

12 Véase M. Hauriou, «La Teoría de la Institución y de la Fundación» en *Obra Escogida*, traducción de Juan Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.

13 Se trataba de dos formas diferentes de ver el Derecho y el Estado: por un lado, el positivismo jurídico que equiparaba Derecho a legislación y que limitaba su racionalidad a la lógica inscrita dentro del sistema normativo; y por otro lado, el positivismo sociológico, que despreciaba a la norma por no poder expresar la realidad subyacente. Sobre las distintas etapas de positivismo consúltese a P. De Vega, «Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX», en *Teoría de la Constitución*, Miguel Carbonell (compilador), Editorial Porrúa México y UNAM, México, 2002, pp. 8-30.

con decir Kelsen-Schmitt, asimismo podríamos mencionar a grandes juristas como Smend, Heller o Mortati. Lo cierto es que esto trajo, como consecuencia amarga y que nunca hemos de olvidar, la justificación de los totalitarismos de la primera mitad del siglo XX[14]. No obstante, con la misma fuerza, la segunda posguerra supuso en Europa el triunfo de la democracia y de los derechos humanos frente a los regímenes políticos totalitarios; incluso aquellos países que habían sido íconos del fascismo y del nazismo, se convirtieron en arquetipos institucionales de la defensa de los derechos fundamentales y el control del poder. En Iberoamérica, las tensiones entre la doctrina que surgía del positivismo formalista y la que era consecuencia del positivismo sociológico tuvieron un eco muy importante, y en muchos casos, sirvieron para justificar a los grandes caudillos latinoamericanos de la primera mitad del siglo XX[15].

---

[14] La Europa de los derechos no se explica sin la Europa de los totalitarismos, en especial, las experiencias del nazismo alemán y el fascismo italiano, en los cuales se realiza un diseño institucional que combinaba tradicionales paradigmas liberales (por ejemplo: el principio de legalidad, aunque despojado de contenidos garantes de derechos humanos) con el fortalecimiento de instituciones propias del Estado total (la idea de partido único y la de relación directa del jefe de Estado con el pueblo). No obstante, en todo este entramado jurídico-político Italia contaba con una doctrina jurídica que sabría explicar la situación de entonces e intuir la situación por venir, lo cual ha sido destacado por el profesor Paolo Grossi, quien nos habla de «lecturas del tiempo histórico y presentimientos de itinerarios futuros»; P. Grossi, *Europa y el Derecho*, traducción de Luigi Giuliani, Critica, Barcelona, 2007, p. 207.

[15] En Latinoamérica, durante el siglo XX, la situación fue especial; por un lado se instauraron regímenes dictatoriales militares, pero no en la consecución de una idea fascista del Estado (con la excepción del régimen de Perón en Argentina) sino más bien como injusta consecuencia del fenómeno caudillista típico latinoamericano, y luego, como corolario de la doctrina de la seguridad nacional impuesta por Estados Unidos durante la guerra fría. En el plano doctrinal, nuestros textos constitucionales parecían obedecer a la ideología liberal. Por supuesto, esto debe verse caso por caso, ya que Costa Rica, por ejemplo, desde mediados de siglo presentó un sistema con instituciones democráticas, al igual que Venezuela y su Constitución de 1961. En este sentido, ya lo decía, en la década de los setentas, el premio Nobel mexicano Octavio Paz: que se trataba de «regímenes nominalmente republicanos y democráticos», pero que en la realidad no dejaban de ser *dictaduras* encubiertas. Véase «La Libertad como ficción», en sus *Obras Completas*, tomo V, Círculo de Lectores, 1999, p. 704. Lo cierto es que en la última década del siglo XX, casi todos los países habían apostado por la implantación de sistemas constitucionales, incluida Centroamérica.

Esto implicó un resurgir del contenido axiológico del Estado, al que tanto había combatido el positivismo –tanto sociológico como formalista–. De nuevo los planteamientos jusnaturalistas suponían un contrapeso decisivo a la idea del Derecho como manifestación del voluntarismo de un determinado órgano político, o del Derecho como resultado de una o varias circunstancia fácticas impuestas por la realidad. Así, la dogmática constitucional tuvo que asumir la necesidad de cohonestar la constitución material con la constitución formal. La doctrina de R. Smend acerca de la constitución como integración de la compleja «realidad espiritual» que supone el Estado, supuso un esfuerzo realmente importante por componer en el texto constitucional la constitución material y la constitución formal. Esta integración significa la constitucionalización de las funciones y las distintas potencias que existen en la sociedad a través del Estado y sus órganos. Rudolf Smend lo expresa de la siguiente manera: «El derecho constitucional es únicamente una positivización de las posibilidades y funciones propias del mundo del espíritu, y, por tanto, no se entiende sin aquellas; y a la inversa, éstas no son realizadas de forma plena y permanente sin su positivización jurídica»[16].

El institucionalismo jurídico, trata de cohonestar las concepciones encontradas de manera dialéctica en la teoría constitucional: subjetivismo y objetivismo; abstracción y realidad; idealismo y empirismo; razón y voluntad; de manera que, las construcciones dogmáticas, dentro de la teoría constitucional, terminan por conjugar el carácter normativo y estructural de la constitución con sus componentes materiales extraídos de la vida social, económica y política –de la actualidad y del pasado–, y al mismo tiempo, atiende la justificación axiológica y teleológica que el ordenamiento jurídico exige. Es así como el concepto de constitución se construye tratando de llevar a cabo tal combinación metodológica[17], considerando que el complejo

---

16 R. Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, C.E.C., Madrid, 1985, p. 65. Sobre el pensamiento de Smend y su teoría de la integración, véase P. Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987.

17 El ordenamiento jurídico constitucional se encuentra conectado a través de formas normativas e institucionales que están articuladas en la Constitución, y en este sentido, el método técnico jurídico pareciera estar más acorde con la interpretación lógica de las normas, mientras que las formas institucionales se tienen que explicar tomando en cuenta las consideraciones sociológicas. Véase P. Lucas Verdú, *Teoría General de las Articulaciones Constitucionales*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 89.

institucional que supone la constitución sea producto social y como factor social a la vez[18]: En virtud del primero, los datos que la sociedad misma aporta llevan a explicar los conceptos a través de la experiencia, la misma que impone las instituciones constitucionales dentro del ordenamiento jurídico constitucional. En fuerza del segundo –como factor social–, la teleología que persigue la sociedad, con toda su limitante axiológica, modela el contenido de dichas instituciones y la interpretación que se pudiese hacer de ellas. Y como la Sociología jurídica, la Antropología jurídica y la Historia del Derecho son expresiones evidentemente culturales, al igual que lo son los argumentos que han de esgrimirse para exponer los valores constitucionales, podríamos decir también que la constitución, como institución jurídica, es expresión cultural[19]. El profesor Peter Häberle hace la siguiente afirmación de manera categórica, a propósito del concepto de constitución que propone para la Europa que se está construyendo y que debe atender no sólo el aspecto normativo, sino que ha de fundarse en la pluralidad que se evidencia en la vida social: «La Constitución es cultura. (…) La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumentos de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas»[20].

Ahora bien, esta dualidad de la constitución que como producto social expresa la realidad que se vive en la sociedad, pero que como factor social la trasciende (no sólo moldeándola sino transformándola), se puede explicar desde una óptica kantiana. Como es bien sabido, Kant va a limitar, precisamente, la objetividad del conocimiento racional con la subjetividad del conocimiento empírico. De modo que, si lo concordamos con lo que hemos expuesto hasta ahora, podríamos decir que el Derecho como producto social se conoce a través de la experiencia, pero como factor

---

18 Que las instituciones jurídicas son factor y producto social al mismo tiempo, ha sido una premisa de los que cultivan la Sociología del Derecho en Venezuela, véase por todos R. Caldera, *Sociología Jurídica*, Tomo I, UCAB, Caracas, 1977.

19 Acerca de la Constitución como claro fenómeno cultural consúltese P. Lucas Verdú, *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*, Dykinson, Madrid, 1997.

20 P. Häberle, «El Estado Constitucional Europeo», en *La Constitucionalización de Europa*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (editores), UNAM, México, 2004.

social, utiliza la razón para proponer mandatos imperativos[21] capaces de moldear la misma realidad que coadyuvó a formar ese conocimiento. Desde este punto de vista, las llamadas corrientes neokantianas analizan el Derecho utilizando esta perspectiva sin llegar a conclusiones iguales; por el contrario, éstas son, de hecho, bien disímiles. Los ejemplos de autores representativos de esta corriente son sumamente variados. Nos bastará con mencionar a Radbruch, Stammler y al propio Kelsen, aunque bien es cierto que éste último terminó rindiendo totalmente la parte material de la constitución ante la forma en que se manifiesta. Así, parece incontestable que la manera en que la dogmática constitucional se plantea el conocimiento de los conceptos que conforman al Derecho constitucional, tal y como lo estamos trazando, supondría un planteamiento epistemológico kantiano. Aceptemos que lleva razón el profesor Pedro Serna cuando dice que «no todos somos kantianos pero sí postkantianos»[22].

No obstante, la percepción constitucional kantiana y en general, la noción de Kant del Derecho[23], se forma a partir de su concepción determinadamente liberal, en razón de la cual se le puede ver asumir conceptos tomados de Rousseau (el contrato social) o de Monstesquieu (la división de poderes), teniendo como resultado final que la utilización de su método derive en una concepción eminentemente normativa[24]. La idea que tiene Kant de constitución se refiere a la norma donde se componen la voluntad única del Estado y los tres poderes a través de los cuales ésta se desarrolla[25]. Pero, esa voluntad estatal y los medios para hacerla efectiva,

---

21 Recordemos que Kant, al referirse a la ley universal de Derecho como mandato imperativo, expresa su idea de la siguiente manera: «Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal». E. Kant, *Principios Metafísicos del Derecho*, traducción de G. Lizarra, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873, p. 43.

22 P. Serna, «La Teoría del Derecho Actual. Panorama de un escenario de dispersión tras el agotamiento del modelo positivista», en *Revista del Departamento de Derecho IUSTITIA*, N° 11, Tecnológico de Monterrey, Campus Monterrey, octubre, 2004, p. 11.

23 Véase E. Kant, *Principios Metafísicos del Derecho, op. cit.*

24 J. L. Villacañas Berlangas, «La Teoría del Estado en Kant: La división de poderes», en *Moral, Derecho y Política en Inmanuel Kant*, J. Carvajal Cardón (coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1999, p. 188.

25 Ibidem, p. 190.

según Villacañas Berlanga no persiguen la «felicidad ni el bienestar de los ciudadanos, ya que éstas pueden lograrse más fácilmente bajo regímenes despóticos y totalitarios»[26]. Ciertamente, Kant defiende la primacía del Derecho expresada en la ley, pero la trata de cohonestar con la libertad de los ciudadanos[27] que, al fin y al cabo no deja de ser su *telos* constitucional, al igual que lo era para Montesquieu.

Aún así, insistimos, Kant no supera ese normativismo que va a ser la génesis del positivismo. En este sentido, Ralf Dreier explica que, justamente, por ser Kant uno de los filósofos más importantes del Estado de Derecho –entendido en sentido estricto– es por lo que se puede deducir su explicación de la relación entre moral y derecho, donde la primera queda supeditada a un comportamiento interno, mientras que el segundo sí supondría leyes que deberían cumplirse a través de un comportamiento externo, por lo cual concluye que *es fácil ver, a partir de ella, que bastaban sólo un par de pasos para llegar al positivismo jurídico y con ello, a la tesis positivista de la separación*[28]. Los valores y principios que para nosotros ayudan decisivamente a configurar la teleología constitucional, en Kant estaban dirigidos únicamente a aquéllos que dictaban *la constitución y las leyes* quedando los ciudadanos y los jueces obligados a preferir siempre el derecho positivo antes que a los principios y valores[29].

De modo que, en puridad de conceptos, esta visión kantiana estricta no nos sirve para explicar la constitución como institución jurídica. La constitución sirve de elemento integrador del pluralismo que existe en la sociedad, y se expresa a través del pacto que justifica la acción estatal –tanto positiva como de abstención–, siempre que sea para la concreción de los derechos humanos, entendidos a partir de la dignidad humana, y con la lógica del principio de progresividad. Dicha acción del Estado se hará a través de los poderes entendidos como instituciones políticas que coadyuvan

---

26 Ibidem, pp. 190-193.

27 Véase al respecto a A. M. Andaluz Romanillos, «Kant: La armonía de la Política con la moral», en Boneti Perdes (coord.), *La Política desde la Ética*, Ediciones Proyecto A, Barcelona, 1988, p. 101.

28 R. Dreier, «Derecho y Moral», en *Derecho y Filosofía*, Ernesto Garzón Valdés (comp.), Fontamara, México, 1999, p. 81.

29 Ibidem, p. 81.

entre sí para alcanzar unos fines específicos. Dos cosas quedan claras: que la acción no es negativa, es decir, que no se limita a la abstención –como en el pensamiento del Estado Liberal Burgués– y que el *telos* de la constitución no está referido al Estado en sí mismo porque, a diferencia de lo que creía Kant, éste sí busca el bienestar general. Este enfoque integral de la constitución que se manifiesta como vehículo institucional de la sociedad para consagrar sus utopías, así como los medios a través de los cuales las va a perseguir, exigen de la dogmática constitucional una definición acorde, que tome en cuenta elementos materiales y formales al mismo tiempo.

IV. El concepto clásico de «Constitución mixta» y su utilización dentro de la teoría constitucional

La teoría constitucional, para explicar qué es la constitución como institución jurídica, esto es, como síntesis de todo el ordenamiento jurídico, debe incluir varios elementos que no se pueden reducir dentro de una» jurisprudencia de conceptos sino que tienen que ser útiles para buscar el acercamiento entre la normatividad y la realidad constitucionales»[30]. Sólo así se puede armonizar la constitución material con la constitución formal, tomando en cuenta los aportes empíricos que nos da la vida socia, al tiempo que atendemos las normas con las cuales se expresa la constitución formal, así como los valores y principios que dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico. Bien dice Pedro Serna que si sólo se analiza «la realidad jurídica que se expresa en el Estado o en el sistema social», nos aventuramos a obviar problemas que deben ser resueltos con otro método, «tales como la estructuración lógica de las normas y la estructura del ordenamiento jurídico; o de marginar de modo definitivo los asuntos relacionados con la teoría de la justicia»[31]. Para realizar tal combinación metodológica, debemos comenzar por comprender la estructura y funcionamiento de las instituciones jurídicas y políticas, y a partir de allí podemos construir el concepto de constitución que reclama el

---

30 P. Lucas Verdú, «Una reciente aportación de la doctrina italiana a la Teoría de la Constitución: la ingeniería constitucional», en *Revista de Derecho Político*, N° 4, UNED, Madrid, otoño 1979, pp. 28-35.

31 P. Serna, «La Teoría del Derecho Actual. Panorama de un escenario de dispersión tras el agotamiento del modelo positivista», *op. cit.*, p. 19.

neoconstitucionalismo[32], el cual supone un Estado que tiene: a) unas instituciones políticas y jurídicas vitales, b) unos valores y principios superiores, y, c) persigue unos fines específicos mediatos e inmediatos. La constitución mixta de los clásicos toma en cuenta elementos ideales y materiales a través de toda una evolución que nos lleva a la teoría del Estado y la historia del Derecho.

El concepto de constitución mixta considera a través de qué magistraturas (lo que hoy nosotros entenderíamos como instituciones políticas) va a desarrollar sus cometidos, sin preocuparse, realmente, de la forma que éstas adoptarían. Así lo pensaron los antiguos, porque allí la constitución (*politeia*) se refiere a «un orden preexistente»[33], manifestado en las distintas magistraturas que detentaban el poder, las cuales, según los clásicos griegos –primero Platón y luego Aristóteles– debían combinarse para evitar su degeneración; atendiendo a la conocida clasificación aristotélica de formas puras e impuras de Gobierno, donde la monarquía podía degenerar en tiranía, la aristocracia en oligarquía y la democracia en la democracia inmoderada. Específicamente, en el caso de Aristóteles, el acento de esta constitución mixta está en lo político, en tanto que pretende establecer una *polis* que integre a todos los ciudadanos. La forma de gobierno se considerará buena cuando sea correcta para alcanzar su *telos*. Por eso, Aristóteles piensa que tanto la monarquía, la aristocracia y la democracia pueden conseguir la felicidad siempre que obren en la consecución del interés común, esto es, el de la comunidad (*Koinonia*)[34]. En definitiva, podemos decir con Fioravanti que la constitución mixta de los antiguos busca establecer una «forma política ideal»[35].

---

[32] La consideración de los órganos políticos como primera realidad vital –aunque también muchas veces positivizada– nos lleva nuevamente a Smend y su idea del Estado como realidad espiritual que se integra en la constitución. Véase R. Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 144.

[33] Véase P. Lucas Verdú, «Reflexiones en torno y dentro del Concepto de Constitución. La Constitución como Norma y como Integración Política», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), N° 83, CEC, Madrid, enero-marzo, 1994, pp. 12-13. El profesor Lucas Verdú identifica la *politeia* aristotélica con lo que parte de la doctrina considera constitución material.

[34] Aristóteles, *Política*, Libro III, Cáp. 7, versión en castellano, traducción de Julián Marías y María Araujo, introducción y notas de Julián Marías, Madrid, 1989, p. 81.

[35] Al respecto, véase el excelente trabajo de M. Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad hasta nuestros días*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 15-31.

La constitución mixta que defendió, en la Baja Edad Media, Tomás de Aquino, sigue la misma línea Aristotélica, porque de nuevo habla de formas puras e impuras para referirse a las magistraturas aptas y no aptas para alcanzar su fin, lo cual, en el pensamiento del aquinate va a ser el bien común. Pero esta vez, desde una perspectiva radicalmente jurídica[36]. Se trataba de mil años de evolución jurídica donde el sistema de fuentes del Derecho era sumamente complejo, al igual que las instituciones políticas imperantes en aquella época. Desde la Alta Edad Media se va a ir desarrollando una conciencia jurídica –la costumbre– que va a constituir el elemento esencial del Derecho medieval. Éste confluye junto con otras fuentes del Derecho tales como las provenientes de los propios gremios o asociaciones –de naturaleza contractual–, o el Derecho local o el de las tribus que conviven en Europa; también estaba el Derecho de los distintos reinos y sus cortes, el cual fue ganado importancia a medida que los reinos se fueron fortaleciendo ya entrada la Baja Edad Media. Asimismo, dada la influencia de la Iglesia Católica como la institución política por excelencia, el Derecho canónico constituyó una fuente imprescindible; éste había aparecido compilado en el *Decretum Gratiani* en el siglo XII (compilación que fue punto de referencia hasta entrado el siglo XVI con la llegada del Concilio de Trento). De toda esta complejidad de instituciones jurídicas y políticas medievales se fue gestando un proceso de integración de normas que terminaron formando el *Ius Commune*, el cual estaba integrado por el Derecho Romano, contenido en el Digesto o Pandectas de Justiniano (publicado en el 533), y el Derecho Canónico, conformado por la doctrina de los santos padres –muy especialmente la patrística– y la de los Concilios celebrados por la Iglesia Católica[37].

---

36 Sobre esta radicalidad del derecho medieval nos parece consulta obligada la obra de Paolo Grossi, *El Orden Jurídico Medieval*, prólogo de Francisco Tomás y Valiente, Marcial Pons, Madrid, 1996. El profesor Ruiz Miguel, considera que la esencialidad de la vida jurídica medieval que sostiene Grossi parece olvidar «el predomino de lo religioso», véase A. Ruiz Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, Editorial Trota, Madrid, 2002, p. 85. Sin embargo, creemos que Grossi lo da por sabido y que prefiere centrar su estudio en lo que la doctrina muchas veces parece obviar.

37 Véase A. Ruiz Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, *op. cit.*, pp. 84-85. Es muy importante tener claro que, a pesar de la fuerza del *ius commune*

De manera que, aunque como dice Fioravanti, la constitución de la Edad Media supone la defensa sin probabilidades de disposición de un «orden jurídico dado»[38], éste aparece como el reflejo del Derecho como producto y factor social. Porque se forma considerando la constitución material pero sin renunciar al *telos*. Y si todos quieren mantener ese orden jurídico dado es porque, a pesar de que se resigna frente a las diferencias existentes, los hombres ven, justamente en esa constitución, la verdadera forma de integrarse y salvaguardarse dentro de la comunidad. La constitución medieval ciertamente supone unos presupuestos que van a imprimir el contenido esencial del constitucionalismo moderno y contemporáneo, como bien lo ha sabido ver Nicola Mateucci, se trata de una «herencia medieval» europea: la idea de un poder que siempre ha de estar limitado al Derecho entendido como el orden jurídico superior (*lex naturae*), desarrollado a través de la costumbre jurídica (*ius commune*) y concretada en los fueros y *constitutiones*[39]. Además, la idea de que el gobernante representa a la comunidad medieval, se traduce en una obligación de actuar con la aquiescencia de ésta; de igual manera, el principio de la responsabilidad del gobernante se traduce en el derecho de resistencia por parte de los súbditos, quienes están obligados a defender el orden jurídico incluso frente al príncipe[40].En esta línea van a apuntar las construcciones teóricas que se van a dar acerca de esta constitución.

---

tardo medieval, éste no se impuso sin más, sino que actuó integrado con las demás fuentes del Derecho existentes, aunque significó, de forma determinante, «un elemento del lento y complejo proceso de unificación de la variedad de ordenamientos jurídicos locales», Ibíd. p. 84. Algunos autores dicen que el concepto de Constitución tardomedieval se conforma por aquellos pactos entre el Rey y los representantes de los distintos estamentos de forma escrita, donde la Carta Magna de 1215 es un ejemplo paradigmático. Sin embargo, estos escritos que representarían la génesis del control del poder regio a través de límites contractuales, «siempre estaban precedidos de un derecho consuetudinario»; véase, H. Fix-Zamudio y S. Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Editorial Porrúa, UNAM, México, 2001, p. 47. Lo que a nosotros nos interesa destacar es que ese Pacto escrito no desconoce los valores superiores del ordenamiento jurídico.

38 M. Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad hasta nuestros días*, *op. cit.*, p. 37.

39 N. Mateucci, *Organización del Poder y la libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, traducción de F. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neria, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pp. 37-41.

40 Sobre estos principios véase, F. Kern, *Derecho y Constitución en la Edad Media*, traducción de F. Martínez Martínez, Kyrios, Valencia, 2013, pp. 135-160.

El pensamiento político de la Edad Media se funda como resultado de la inestabilidad social e influenciado por el pensamiento de los Padres de la Iglesia que «socializaron» las enseñanzas cristianas primitivas y las utilizaron en sus teorías: a) la del *príncipe justo* que se encontraba limitado tanto por el Derecho natural como por el fin que perseguía, y b) en su idea de que el hombre era un ser social[41].

Sobre todo en la constitución mixta tomista que se preocupa por el fin que persiguen las instituciones: el bien común; empero, igualmente atiende la morfología de las instituciones políticas que ejercen el poder y su idoneidad para llevar a cabo el *telos* de la constitución. Al igual que Aristóteles, el aquinate se preocupa por cuál es la mejor forma de Gobierno, y aunque piensa que la Monarquía es la preferible, entiende que sólo lo puede ser en tanto que reciba su poder de la comunidad y que lo ejerza limitado por el Derecho Natural. Así las cosas, la monarquía de Santo Tomás de Aquino es siempre limitada, quedando la soberanía como un presupuesto de la Constitución de la Edad Moderna que ha perdurado hasta nuestros días[42].

Ahora bien, en los *Comentarios a la política de Aristóteles* –atribuidos a Tomás de Aquino y Pedro de Alvernia–, se explica la Constitución mixta como decididamente teleológica de esta forma: *Nuestra intención es*

---

41 Véase E. Bogardus, *History of Social Thought, Longmans*, Green and Co. London, Toronto, p. 60. No obstante, nos parece importante dejar claro que los padres de la Iglesia no consideraron que ese carácter gregario le podía hacer perder al hombre su individualidad, dado que todo hombre tenía, por el sólo hecho de serlo, su dignidad. Ya no hay prácticamente nadie que dude que la dignidad del ser humano como garantía de los derechos humanos está vinculada al cristianismo; véase E. Benda, «Dignidad Humana y derechos de la Personalidad», en *Manual de Derecho Constitucional (Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde)*, IVAP y Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 117.

42 Es verdad que con el crecimiento de los Burgos y de los reinos de la Baja Edad Media, algunas construcciones teóricas apuntaron a establecer la soberanía del Rey quien no debería reconocer más autoridad que la propia (*non superiores recognoscentes*), Véase J. R. Capella, *Fruta Prohibida. Una aproximación histórica-teorética del derecho y del estado*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 115. No obstante, no hay duda de que es con los Estados nacionales modernos, cuando aparece el concepto de soberanía como *summa potestas*, véase el clásico J. Bodino, *Los Seis Libros de la República*, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1986.

considerar cómo es la mejor forma política, cuál es la ciudad mejor gobernada y en la que mejor se vive. Así es la Ciudad que alcanza la mejor felicidad. Por eso debemos considerar eso por lo cual se determina. Dijimos que a la mejor Ciudad o forma política la determinamos por la felicidad [43].

Ciertamente, Santo Tomás de Aquino, en el Libro Primero, Capítulo quinto de su *De Regno*[44], manifiesta su preferencia por la Monarquía con respecto al régimen pluralista, pero no se debe olvidar que en la *Summa Theológica* 1-2, q 105, a.1. se pronuncia decididamente por la Constitución mixta de Aristóteles; así nos dice: «Por consiguiente, la mejor forma de gobierno en cualquier ciudad o reino será aquella en la cual uno sea puesto al frente del Estado e impere según la virtud, y subordinadamente a él colaboren otros magistrados principales, y sin embargo tal régimen sea de todos, en cuanto todos pueden ser elegidos y electores. Tal es, en verdad, todo régimen bien combinado de monarquía, en cuanto uno dirige y preside sobre todos; de aristocracia, en cuanto un crecido número participa del régimen, según la virtud, y de democracia, es decir de gobierno popular, en cuanto los gobernantes pueden ser elegidos del seno del pueblo y al pueblo pertenece la elección»[45] (subrayado nuestro).

---

[43] Tomás de Aquino y Pedro de Alvernia, *Comentarios a la Política de Aristóteles*, traducción de Ana Maella, EUNSA, Pamplona, 2001, p. 587.

[44] Consúltese Santo Tomás de Aquino, *La Monarquía*, Estudio preliminar, traducción y notas de Laureano Robles y Ángel Chueca, Tecnos, Madrid, 1995.

[45] Véase el estudio preliminar de Laureano Robles y Ángel Chueca en *La Monarquía*, *op. cit.*, p. L; estos profesores de la Universidad de Salamanca ven ya en este pasaje de la Summa Theologica, «el sentido moderno de gobierno del pueblo por el pueblo». Algunos autores niegan esta posibilidad tomando en cuenta que en la Edad Media la estratificación social era por estamentos, por ejemplo, Fioravanti dice: «Naturalmente, no debemos imaginar a Tomás de Aquino como un defensor de los derechos del pueblo ni, en concreto, del derecho de elegir los magistrados y ministros que auxilien al príncipe», véase M. Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad hasta nuestros días, op. cit.*, p. 43. Ahora bien, sin negar que las circunstancias históricas nos muestran a la sociedad medieval como una sociedad de siervos, no se puede perder de vista la construcción teórica que se realiza sobre todo en la Baja Edad Media, razón por la cual, compartimos la opinión de Böckenförde cuando observa en la teoría del Estado medieval atisbos del principio de soberanía popular, E. Wolfang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, prólogo y traducción de Rafael de Agapito Serrano, Editorial Trotta, Madrid, 2000,

En la construcción de los conceptos que conforman la teoría constitucional, con base en el institucionalismo jurídico, el concepto de constitución requiere especial atención. En primer lugar, hay que definir lo que la constitución es: una estructura jurídica que legitima a la comunidad política, y establece la disposición de las instituciones jurídicas dentro del ordenamiento jurídico y las instituciones políticas dentro del Estado. En segundo lugar, hay que especificar los fines que la constitución material en sentido axiológico persigue: la seguridad jurídica, la justicia, los derechos humanos, el bien común. Este *telos* institucional condiciona las funciones y la morfología del Estado Constitucional, en un sentido ideal, y en un sentido material.

De modo que, en esa combinación institucional se consigue el equilibrio para alcanzar el *telos* del Estado, que en la Edad Antigua era un orden político ideal y en la Edad Media se encontraba referido al mantenimiento del orden jurídico dado. Pues bien, en el Estado Constitucional el *telos* va a ser la integración de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos fundamentales, lo cual comporta la prosecución de un «orden político y social ideal» partiendo del perfeccionamiento de un «orden jurídico dado». La comprensión de ese ordenamiento jurídico como expresión de la realidad social se expresa gracias a todos los datos que aparecen en la cultura, pero se limitan en virtud del orden de valores y del *telos*[46]. Por eso, son las instituciones políticas del neoconstitucionalismo las que buscan esa integración. Esto supone comprender la heterogeneidad de la vida social, política y jurídica, para conseguir la homogeneidad de la sociedad en el ejercicio de los derechos humanos. Seguimos a Santi Romano cuando considera que ordenamiento jurídico no sólo es el medio para consagrar «la coexistencia de los individuos», sino que busca «vencer la debilidad y limitación de sus fuerzas singulares, superar su caducidad, perpetuar sus fines más allá de cierta caducidad y más allá de cierta vida natural»[47].

---

p. 50. Incluso, en el mismo sentido, considerando que en la Edad Media se encuentra el germen de la representación política y de la soberanía popular, encontramos a G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, traducción de Fernando de los Ríos Urruti, tomo I, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1914, p. 405.

46 En el neoconstitucionalismo el telos y los principios y valores están compaginados, por lo que no nos deberíamos enfrentar a una discusión dialéctica en este sentido.

47 S. Romano, *El Ordenamiento Jurídico*, *op. cit.*, pp. 130-131.

V. La Constitución mixta como complejo institucional jurídico político en el neoconstitucionalismo

La esencia de la constitución mixta no sólo la vamos a encontrar en la teoría política presente en la Baja Edad Media desde el prelado de Salisbury hasta Santo Tomás de Aquino, sino que seguirá presente en la ilustración y no podrá ser dejada de lado, ni siquiera por los teóricos del Estado Liberal[48]. Un ejemplo paradigmático de esta concepción de constitución mixta, entendida como estructura que contiene fuentes del Derecho diversas y magistraturas que coadyuvan entre sí para mantener el equilibrio de la vida social y política, lo encontramos en la constitución inglesa. Con razón, McIlwain pone de manifiesto el contraste que hay entre el concepto que surge de la constitución francesa y estadounidense, y el que nace de la tradición inglesa. Sobre la constitución de Inglaterra, McIlwain la define como «los principios sustanciales que se deducían de las instituciones propias de una Nación y su evolución»[49]. En atención a lo anterior, estamos de acuerdo con Rawls cuando encuentra que la sociedad se estructura a través de «instituciones políticas y sociales que encajan dentro de un sistema de cooperación social a lo largo del tiempo»[50].

Ahora bien, para los países que pertenecen al modelo de constitución rígida, con textos constitucionales escritos, y muy especialmente, aquellos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia jurídica del *civil law*, el concepto de constitución, entendida como estructura institucional que contiene relaciones constitucionales expresadas en normas, termina por ser una concepción material; en este sentido, lo entendió Costantino Mortati, cuando aseguraba que la importancia de la institución era, entre otras cosas, que podía «expresar la correspondencia entre la norma y la realidad», y así servir de «garantía de validez efectiva de la primera»[51]. De manera que, en este

---

48 Véase a M. Martínez Sospedra, *Las instituciones del Gobierno Constitucional*, II edición, Fundación Universitaria San Pablo, C.E.U., Valencia, 1994, p. 20. A pesar de que gran parte del liberalismo del siglo XVIII que la asumió terminó vaciándola de contenido.

49 Ch. H. McIlwain, *Constitucionalismo Moderno y Antiguo*, traducción de Juan José Solozába Echavarría, CEC, Madrid, 1991, p. 16.

50 J. Rawls, *La justicia como equidad*, edición a cargo de Erin Nelly, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2002, p. 33.

51 C. Mortati, *La Constitución en sentido material*, traducción y estudio preliminar de A. Bergareche Gros, Madrid, 2000, p. 109,

concepto de constitución se deja clara la predilección de la estructura institucional, tal y como funciona, por encima de cómo está diseñada y pensada por el constituyente.

No obstante, el neoconstitucionalismo escapa a esta actitud determinista, no acepta una resignación a la constitución material, al contrario, el concepto de constitución debe expresar las posibilidades de unas instituciones democráticas racionalizadas por valores superiores del ordenamiento, que impidan la relatividad de la constitución material y de la constitución formal; es la constitución como factor social que modifica la misma realidad que le dio origen. Lo contrario sería caer en el escepticismo de Hume[52]. De modo que, el concepto de constitución mixta tiene en esencia, elementos que pueden servir para resolver las contradicciones que en esencia conlleva la constitución, con su dualidad estructura norma.

Justamente, el Estado Constitucional expresa su complejo institucional político, a través de la locución que contiene las cláusulas –también institucionales– de la constitución: Estado Social y Democrático de Derecho. Estas cláusulas institucionales son el intento de fusión de la Constitución material y la formal, a partir de las órganos, funciones y actos, así como los fines inmediatos y mediatos (*telos*) que se encuentran establecidos –en constante dinamismo– dentro de la constitución. Aquí se resume la constitución mixta del neoconstitucionalismo que hemos planteado. Para probar esto, debemos realizar un ejercicio intelectual que permita diseccionar las partes que conforman la fórmula institucional.

En primer lugar, el Estado «Social» responde, como hemos venido diciendo, a un cambio en el paradigma del Estado de Derecho de corte burgués, en tanto que apunta a un concepto material de la igualdad. Cuando se considera al Estado como simple garante de las esferas de libertad del individuo y le queda vedada la posibilidad de una acción positiva en favor

---

[52] No obstante, no debemos despreciar totalmente el consejo que este filósofo escocés nos da, acerca de que si vamos a cambiar las instituciones debemos tomar en cuenta «los fundamentos constitucionales», porque un gobierno estable ofrece infinitas ventajas por la sola circunstancia de ser estable. Véase, D. Hume, *Ensayos Políticos*, traducción de E. Tierno Galván, CEC, Madrid, 1982, pp. 370-371. El detalle va a estar en que los fundamentos constitucionales nuestros no van a ser los conservadores de Hume.

del bienestar de los ciudadanos, es lógico, dice Larenz, que en este contexto «la doctrina entendiese al Estado de Derecho como polo opuesto del Estado de Bienestar»[53]. El Estado Social se instaura para remover las diferencias reales que se presentan como obstáculos insalvables para el ejercicio de los derechos humanos por parte de todos los ciudadanos. En este sentido, las instituciones políticas que son más idóneas para acometer las exigencias del Estado Social son aquellas que ostentan un carácter ejecutivo, en virtud de que para las respuestas rápidas es necesaria la toma de decisiones eficientes. Las necesidades, cada vez más imperiosas, que presenta la vida social, intentan ser satisfechas por la Administración Pública y su potente burocracia. No entraremos a debatir aquí la crisis innegable que vive el Estado de Bienestar y la incapacidad de la burocracia para pasar de ser ese Estado asistencialista a ser el verdadero Estado garantista. Nos limitaremos a decir, que el Poder Ejecutivo sigue siendo, por su morfología institucional, la institución política con más energía para emprender las tareas del Estado Social. Otra cosa es que esa energía no debe confundirse con la discrecionalidad, esto es, la realización de los derechos sociales no a través de estructuras institucionales jurídicas sino sometidos a «procedimientos de naturaleza prevalentemente política» tal y como nos advierte Luigi Ferrajoli[54].

En segundo lugar, el Estado «Democrático» encuentra en el Poder Legislativo su institución por antonomasia. No porque éste ostente la representación democrática y los demás poderes únicamente tengan una

---

53 K. Larenz, *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*, traducción y presentación de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2001, p. 154. Esto lo expresa Larenz al analizar el pensamiento individualista de Humboldt.

54 L. Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, traducción de G. Pisarello, A. Estrada y J. Díaz Martín, Universidad Externado de Colombia, pp. 68-69. No debemos pasar por alto que en Europa, distintas constituciones han tratado de limitar esas facultades discrecionales que, al Poder Político y al Poder económico, otorga la llamada constitución económica, a través de su análisis desde la óptica del bienestar social y los derechos sociales. Sobre este punto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español resulta sumamente interesante; consúltese al respecto, María Solange Maqueo Ramírez, «La Constitución económica en la Constitución Española de 1978», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, N° 28, Escuela Libre de Derecho, México, 2004, pp. 653-710.

legitimación democrática indirecta[55], sino porque el procedimiento que utiliza para realizar la función legislativa opera con base en el debate mayorías-minorías, lo cual es característico del pluralismo que tanto predica el neoconstitucionalismo[56], en especial para la conformación de la opinión pública. Ese procedimiento dialéctico que permite no sólo el consenso, sino la acción comunicativa de la que habla Habermas[57], justifica la importancia de la ley formal como el primer acto democrático, desde un punto de vista jerárquico, de los poderes constituidos[58]. Esto ya lo atisbó M. Hauriou, cuando explicando su idea del principio de división de poderes, llamó al Parlamento, atendiendo a la forma cómo realiza su función, «Poder de Deliberación»[59]. No obstante, ya dijimos que la ley en el neoconstitucionalismo no puede ser definida desde un criterio puramente formal, porque con la nueva pluralidad de fuentes es normal que el criterio jerárquico se vea afectado[60]; de tal suerte que para definir a la ley, afirmando

---

55 Lo cual es falso, por lo menos en el neoconstitucionalismo. Así, el Poder Ejecutivo en los sistemas presidenciales tiene la misma legitimidad democrática en tanto que el Presidente es elegido en sufragio directo. En el caso de los tribunales, y más aún, de la jurisdicción constitucional, éstos tienen una legitimación democrática porque son instituciones políticas constitucionales, y lo mismo podremos decir del Gobierno en los sistemas parlamentarios; sin contar la legitimidad que en estos casos les puede insuflar el Parlamento.

56 Sobre el tema del pluralismo político y su expresión institucional dentro de las relaciones mayorías-minorías en el Derecho parlamentario, remitimos al excelente trabajo del profesor de la Universidad Iberoamericana, M. Eraña Sánchez, *La Protección Constitucional de las minorías Parlamentarias*, Editorial Porrúa, UIA, México, 2004, en especial las pp. 33 y siguientes.

57 Véase J. Habermas, *Facticidad y validez*, introducción y traducción de M. Jiménez Redondo, Editorial Trotta, 2001.

58 Del carácter democrático en sentido estricto de la ley se deduce que el pueblo ya no es simplemente destinatario de las normas, sino que está en su mismo origen. E. García de Enterría, «Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 10, 1984, p 18.

59 M. Hauriou, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, *op. cit.*, p. 383.

60 Véase la opinión de De Otto, quien entiende que el criterio jerárquico de la ley se ve afectado *por el criterio de la autonomía de la distribución de las materias*, con lo cual normas de rango inferior podrían resistir frente a normas de rango superior en virtud del principio de competencia. I. De Otto, *Derecho Constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, 1988, p. 93.

verdaderamente ese carácter democrático, deberemos tomar en serio las advertencias del profesor R. Estrada Michel, de no reducirla a un acto divorciado de la realidad, ni a una mera expresión de poder[61].

En tercer lugar, el Estado de «Derecho» implica el sometimiento del Poder a la ley, esto es, que los actos de los órganos del Estado no han de ser arbitrarios ¿cómo juzgar si una determinada actuación es conforme a Derecho? En el Neoconstitucionalismo, el Poder Judicial, y en especial la Jurisdicción Constitucional (ya se encuentre o no como formando parte del Poder Judicial), son las instituciones «ejes» del Estado de Derecho. El Estado Liberal Burgués decimonónico, fiel a su idea de que el Parlamento es el único representante de la Nación, y la ley la manifestación inequívoca de la voluntad general, despreció la labor de la doctrina y la jurisprudencia, y les negó el carácter de fuentes del Derecho. Esa influencia jacobina ha de haber sido la que llevó a Hauriou a excluir al Poder Judicial del triduo que conforma su división de poderes[62]. Sin embargo, es evidente que, en el *rule of law* y en el Estado Constitucional heredero de la tradición latina, la función jurisdiccional, y sobre todo la de carácter constitucional, están en el núcleo mismo del sistema institucional, por lo cual los tribunales no pueden ser considerados para nada como un poder neutro.

Volvamos a los clásicos. Tenemos claro que Polibio, para realizar su división de poderes, establece dos criterios básicos. En primer lugar, la estructuración de sus *tres formas de Gobiernos* (sus tres poderes instituciones) las va a hacer en razón de la idoneidad para cumplir con los fines que les son propios. De esta manera, entre las distintas competencias de los cónsules, encontramos la competencia sobre los negocios públicos, sobre la presentación de las embajadas, y una muy ilustrativa, Polibio hace hincapié en que los cónsules tenían competencia, «asimismo, sobre asuntos urgentes, en caso de presentarse, y son ellos los que ejecutan íntegramente los decretos»[63]. Luego, entre las varias competencias del Senado en Roma, Polibio destaca como

---

61 R. Estrada Michel, «Antropología y Derecho: Las trampas de la Ley», en *Reflexiones Jurídicas*, N° 9, Universidad Autónoma de Guerrero, septiembre-noviembre, 2000, p. 33.

62 M. Hauriou, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, *op. cit.*, p. 383, pp. 385-386. El maestro francés prefirió establecer su división de poderes en *Ejecutivo, Deliberante y Sufragio.*

63 Polibio, *Historias, Libros V-XV*, *op. cit.*, p. 169. Agrega Polibio que en materia bélica la potestad de los cónsules es casi absoluta.

principal el control del erario público, porque ejerce potestad sobre «todos los ingresos y sobre la mayor parte de los gastos»[64]. Por último, Polibio describe las atribuciones del pueblo así: Se encarga bien de conceder honores, bien de imponer castigos o multas, e incluso «conferir magistraturas»[65]; también tiene el poder para *votar leyes* y delibera acerca de la guerra y la paz, y las alianzas[66]. Entonces, pensemos, –siempre con los debidos cuidados que una comparación de esta naturaleza exige–, en que los cónsules atendían los temas que requerían de un poder autárquico; el Senado, realizaba funciones que exigían una *auctoritas*, es decir, unas aptitudes específicas técnicas y morales (ni más ni menos que el control del erario); y por último, el pueblo, a través de los comicios, llevaba a cabo la «función legislativa», y la concesión de honores, en tanto que son funciones que necesitaban de la deliberación para poder expresar verdaderamente la «opinión pública».

En segundo lugar, Polibio, después de establecer que las magistraturas tienen unas funciones que cumplir, en atención a su morfología, pasa a establecer criterios de control, pero no en un sentido obstruccionista, sino de cooperación: «He aquí como queda distribuido el poder político entre las diversas formas de régimen, ahora se tratará de cómo cada una de éstas puede, a voluntad, cooperar, o bien oponerse a las demás»[67]. De esta forma, Polibio vuelve al diseño de la Constitución mixta, pero con una caracterización que nosotros vamos a atrevernos a llamar institucional. Por ejemplo, Lucas Verdú opina que la constitución diseñada por Cicerón supuso la utilización preeminente del método técnico jurídico, ya que todos los elementos sustanciales de carácter económico, social y éticos, que tanto le importan a Aristóteles, en Cicerón, aunque los toma en cuenta, «sólo se formalizan jurídicamente»[68]. Pues bien, en el caso de Polibio, nosotros consideramos que su constitución mixta está centrada claramente en la interacción institucional, pero sin pasar por alto todos los elementos éticos, sociales, políticos y hasta antropológicos, para construir su concepto. Por eso,

---

64 Ibidem, p. 170.

65 Ibidem, pp. 171-172.

66 Ibidem, p. 172.

67 Ibídem. p. 172.

68 Véase P. Lucas Verdú, «Reflexiones en torno y dentro del Concepto de Constitución. La Constitución como Norma y como Integración Política», *op. cit.*, p. 19.

no debe extrañarnos que Polibio diga que sólo estudiando los momentos que constituyen verdaderas pruebas a la Constitución, se puede apreciar su idoneidad, puesto «que la prueba de la perfección humana consiste únicamente en la capacidad de soportar con nobleza y entereza los cambios de fortuna»[69]. Asimismo, Polibio entiende que el intento de una magistratura –lo que él llama forma de Gobierno y nosotros institución– por imponerse a las otras, puede significar el desequilibrio de la constitución mixta. Dice Polibio, apostando por el control del poder: «En efecto, cuando una parte comienza a engreírse, a promover altercados y se irroga un poder superior al que le corresponde, es notorio que, al no ser los tres brazos independientes, como ya se ha explicado, ninguno de ellos llega a vanagloriarse demasiado y no desdeña a los restantes. De modo que todo queda en su lugar, unas cosas, refrenadas en su ímpetu, y las restantes, porque desde el comienzo temen la interferencia de otras próximas».

Evidentemente, el neoconstitucionalismo asume que el principio de la división de poderes para que sea institucional debe mantener este equilibrio, pero al mismo tiempo sabe que tal contrapeso soporta el problema de la tensión lógica que existe dentro de esa fórmula constitucional «Estado Social y Democrático de Derecho». De esta contradicción ya nos había advertido Carl Schmitt, cuando explicó que dependiendo del órgano constitucional preeminente, así como de la función llevada de forma preponderante, tendríamos distintos tipos de Estado[70], al igual que su discípulo Forsthoff, quien duda de que se pueda cohonestar el Estado social de prestaciones con el Estado de Derecho de libertades[71]. Sin

---

69 Polibio, *Historias, Libros V-XV, op. cit.*, pp. 149-150. Bien dice Balash Recort, en la apreciación que hace en la nota de pie de página N° 7 de la página 150, que aquí se vislumbra el carácter estoico de Polibio. Además, creemos que se puede extrapolar al método de la ingeniería constitucional, ya que las instituciones políticas son puestas a prueba, y sólo su estructura intrínseca las puede llevar a resolver las contrariedades de la vida política, económica y social; caso contrario, sólo se trataría de órganos políticos sin más.

70 C. Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, traducción de José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971. Así nos habla nuestro autor de los diferentes tipos estatales; de Estado «jurisdiccional, administrativo, gubernativo o legislativo».

71 E. Forsthoff, «Problemas Constitucionales del Estado Social», en *El Estado Social*, VV.AA., CEC, Madrid, 1986, p. 45. A pesar de que al final admite que el Estado social, no sólo es una realidad verificable en los hechos sino que no deja de tener consecuencias en el proceso de formación de leyes.

embargo, el equilibrio se encuentra en establecer claramente la colaboración de poderes, en lugar de la obstrucción. Se trata de cohonestar la libertad del individuo con la necesidad material de que existan unas condiciones sociales para que la pueda disfrutar. El Estado Social y Democrático de Derecho recoge esta aspiración de la Constitución mixta que vuelve a tomar fuerza en el neoconstitucionalismo. Así, el Poder Ejecutivo representa el nuevo principio monárquico; el Poder Legislativo, el nuevo principio democrático; y la jurisdicción constitucional, el nuevo principio aristocrático. Todo esto, desde la lógica de la morfología institucional, no por las personas que detentan el poder, sino por la función que cumplen y por el procedimiento que utilizan, con el fin de satisfacer sus respectivos fines inmediatos, y su telos final: la pervivencia de los valores y principios constitucionales.

Existe el peligro de que el Poder Ejecutivo realice la función de gobierno de forma arbitraria escudado en el Estado social, o que el Parlamento se convierta en la tiranía de las mayorías proclamando el principio democrático, o que el Estado Constitucional se transforme en un Gobierno de jueces enarbolando la primacía de los derechos. Esto será la reiteración de que Aristóteles, Polibio, el prelado de Salisbury y Santo Tomás de Aquino (y otros tantos clásicos) tenían razón. Las nuevas *formas impuras de gobierno* serán: de la Administración discrecional se generará el autoritarismo y el caudillismo plebiscitario; de los Parlamentos arbitrarios que actúan sin tomar en cuenta los fines del Estado Constitucional, utilizando la mayoría como aplanadora de los valores, degeneraremos en la partidocracia; y de un Gobierno de jueces que obvian el deber de considerar los derechos políticos como parte integral de los derechos fundamentales, así como la división de poderes como garantía de la inexistencia de poderes ilimitados, llegaremos inexorablemente, a una oligarquía antidemocrática[72].

---

[72] El profesor Pegoraro se preocupa de que la jurisdicción constitucional sea la nueva aristocracia, en tanto que en razón de la sabiduría sustituye la autoridad de la ley Véase, L. Pegoraro, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, pp. 170-171. En este caso, nosotros creemos que no será la aristocracia, sino esta oligarquía antidemocrática la que estará irrumpiendo en el equilibrio de la nueva Constitución mixta que llamamos neoconstitucionalismo.

VI. Consideraciones finales

¿Qué diremos entonces? Que vamos a regresar, sin más, a los conceptos clásicos aristotélicos o tomistas, porque expresan un deber ser del que parece que nos apartamos y al que debemos aspirar regresar. No, de ninguna manera esta ha sido nuestra intención. Así, Thiebaut entiende que «los clásicos son la otra cara del presente. Su imagen es nuestro reflejo aunque habiten un tiempo que suponemos distinto y privilegiado»[73]. Con lo cual, la revisión de los clásicos –donde Aristóteles ha sido clásico de los clásicos– nos debe llevar a revisar los conceptos de la dogmática constitucional del siglo XXI, a través de la relación entre éstos con aquellos clásicos que pareciera que sirven como prueba de la inmanencia de las instituciones del neoconstitucionalismo. No obstante, nunca podemos obviar, en esta construcción de nuevos conceptos con el auxilio de viejos conceptos, las variaciones de los contenidos que expresan, sin duda alguna, la relatividad institucional. Es decir, que los conceptos que construimos lo hacemos a través de una lectura que comporta toda una transformación. Esta es la razón por la cual tomamos en cuenta todas las advertencias que nos hace Fioravanti, acerca de la diferenciación del contenido de los conceptos en su evolución[74].

Por ejemplo, las circunstancias históricas nos llevan a que el concepto de igualdad del neoconstitucionalismo diste mucho de tener que explicar el fenómeno de la esclavitud o la servidumbre; asimismo, la evolución institucional nos permite confiar a una jurisdicción constitucional la corrección de los actos del poder que se apartan del «bien común» (institución político-jurídica con la que no contó Santo Tomás de Aquino). Sin embargo, creemos que los conceptos que tratamos de construir no sólo son deudores de los aportes de la Constitución mixta, sino también de ese método que atendía a los factores políticos, jurídicos, éticos, antropológicos, etc., con el fin de explicar los problemas que existían en su tiempo y que al parecer existen

---

73 C. Thiebaut, *Cabe Aristóteles*, Visor, Madrid, 1988, p. 17.

74 Véase por ejemplo, M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, Editorial Trotta, Madrid, 1996, donde el autor va demostrando, con impresionante rigurosidad científica, como existen doctrinas que explican de distintas maneras lo que se ha entendido en la historia del Derecho constitucional como libertades fundamentales.

en el nuestro. Por eso podemos decir con Thiebaut que «el presente es el momento clásico de un todavía no»[75].

La sujeción a los conceptos que vienen dados por la cultura jurídica es tomada muy en cuenta, incluso por aquellos que los entienden superados. Un autor crítico del Estado social como Luhmann reconoce que «la elección de conceptos fundamentales no debe someterse a las reglas de la verificación científica sin más, sino que existe algo así como una especie de conformidad a la situación histórica»[76]. Tampoco nos alineamos totalmente en esta postura. Aunque aceptamos que la misma demuestra que la cultura imprime conceptos que nos resultan similares y más fácilmente aprehensibles. De ahí que el método de la dogmática del neoconstitucionalismo, como producto social los asuma y como factor social los adecue a la realidad en que vivimos.

Jerome Hall va más allá que nosotros y considera lo siguiente: «...aunque hay técnicas y artes especializadas, existe una sola Ciencia del Derecho. Sus descubridores son Platón y Aristóteles, porque fue en sus trabajos que se expusieron los fundamentos de paciencia maestra, o lo que yo llamo filosofía del Derecho integrativa»[77]. Nosotros no nos atrevemos a aseverar lo anterior, sin antes ratificar los matices que hemos mencionado. En conclusión, lo que hemos querido plantear es que las instituciones políticas tienen ese paralelismo y esa relatividad que las hacen tan difíciles de aprehender con un método estrictamente técnico jurídico, tal y como aspiraban los positivistas; y en tal sentido, la constitución mixta de Aristóteles, Polibio y Tomás de Aquino supone una herramienta conceptual importante para la integración de la nueva pluralidad social, jurídica y política del Estado Constitucional del siglo XXI.

---

75 C. Thiebaut, *Cabe Aristóteles*, *op. cit.*, p. 30.

76 N. Luhmann, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 152.

77 J. Hall, *Razón y Realidad en el Derecho*, Desalma, Buenos Aires, 1959, p. 104. Este autor explica con claridad cómo Platón y Aristóteles utilizaron un método que asume consideraciones antropológicas y psicológicas que han llegado hasta nuestros días y destaca su concepto de justicia como *el justo medio, la correcta proporción entre méritos y demandas*, Ibidem, pp. 117.

Interpretación Constitucional.
Reflexiones sobre algunos problemas que enfrenta el control constitucional difuso

Miguel Neria Govea

I. Introducción

Los temas de interpretación de la Constitución y la discusión sobre quién debe realizar esta tarea, están en el corazón de la teoría constitucional. Si partimos que la idea que estructura el constitucionalismo es el límite del poder público a través de la división y organización de los poderes, y del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales[1], quién interprete la Constitución, dirá cuáles son esoslímites conforme a estos dos aspectos.

De tal manera, la interpretación constitucional ocupa una posición central en la teoría de la Constitución, y su función debe entendersepara dar respuestas a través del texto constitucional que permitan lograr el desarrollo de una sociedad que aspiramos, como dice Gustavo Zagreblesky, «la legitimidad de la constitución depende entonces no de la legitimidad de quien la ha hecho y ha hablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar esas respuestas en la constitución. En resumen: la constitución no dice, somos nosotros los que la hacemos decir»[2].

En ese sentido, enfocarse en estudiar interpretación y argumentación constitucional permiten analizar si un argumento es razonable, lo que resulta trascendental en materia de justicia constitucional, pues las razones que justifiquen la decisión tomada al atribuir significado a un texto constitucional son en gran medida lo que justificará el desarrollo del contenido constitucional por parte de los jueces. Como señala Friedlander, el juez no es un árbitro

---

1 Véase artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789; así como Wil Waluchow, *Constitutionalism*, en Stanford Encyclopaedia of Philosophy (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/constitutionalism, pp. 2-3

2 Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Mínima Trotta, Madrid, 2005, p. 88.

que aplica reglas vacías de contenido moral o axiológico[3], y menos se puede entender así cuando su resolución tiene impacto en el desarrollo o límite en el ejercicio de derechos fundamentales. Por tanto, habrá que buscar teorías de interpretación y argumentación que puedan evaluar las razones dadas en una resolución constitucional, especialmente cuando se refiera a principios que tengan esta carga moral o axiológica.

Los fines de las teorías de interpretación constitucional no deben ser entendidos como intentos de limitar a la función jurisdiccional en la posibilidad del desarrollo del contenido constitucional, sino de poder sostener y evaluar las razones dadas en una resolución como correctas e incorrectas, justificas o no justificadas, para así creer como legítimo ese desarrollo constitucional por los jueces. En los Estados Constitucionales[4], la interpretación que realiza la justicia constitucional es una fuente importante de derecho Constitucional[5],Andrei Marmor señala que «*In most constitutional democracies, the interpretation of the constitution involves the power of the judiciary (typically the supreme constitutional court) to determine issues of profound moral and political importance, on the basis of very limited textual guidance, resulting in legal decisions that may last for decades and are practically almost impossible to change by regular democratic processes*»[6].

---

3 Friedlander, Matthew D., *Adjudicating in the kingndom of ends: a constructivist response to the Hart/Dworkin Debate*, University of Illinois Law Review, Nº 4, Vol. 2011, p. 1388.

4 Ricardo Guastíni referente a la «constitucionalización del ordenamiento jurídico», expresión con la que da cuenta de la evolución de un sistema constitucional, al tener su ordenamiento totalmente impregnado por normas constitucionales, y cuyas características o condiciones, se reflejarían en la mayor medida en que se aprecie tener: a) una Constitución rígida; b) garantía jurisdiccional de la Constitución; c) fuerza vinculante de la Constitución; d) sobre interpretación de la Constitución; e) aplicación directa de las normas constitucionales; f) interpretación conforme de las leyes, y; g) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2003, pp. 153 y ss.

5 Véase, Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción Constitucional como forma de Creación de Derecho*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8, Núm. 22, Abril 1988

6 Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Revised Second Edition, Oxford, 2005, p. 141.

En este capítulo, analizaremos la interpretación constitucional, en el primer apartado revisaremos la diferencia entre la interpretación de la constitución y de la ley, después la evolución de la aplicación directa de la constitución en México, a partir del control constitucional difuso en México, para después analizar la interpretación constitucional por parte de los jueces ordinarios en el control constitucional difuso.

II. Diferencias entre la Interpretación Constitucional y Legal

La interpretación de la Ley, ha sido tradicionalmente enfocada a buscar el sentido dado por el legislador, muy anclada a esa visión de Montesquieu, «los jueces de la Nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma»[7]. Esta visión limita la facultad interpretativa del juez[8], sin embargo, esa postura sobre la función interpretativa de los jueces sufre un cambio radical con el código de Napoleón, que a partir de su entrada en vigor los constriñe a la prohibición del *non liquet*, y los obliga a interpretar, pero estableciendo como directriz interpretativa, analizar la ley como si fueran legisladores. Con tal regulación comienza la función interpretativa de los jueces.

Para interpretar la ley, se establecieron cánones interpretativos que conocemos muy bien: literal, contextual, histórico y teleológico. Pero uno de los problemas de estos métodos de interpretación, es que realmente no sirven para justificar una única solución correcta, sino que dependiendo del método utilizado se puede llegar a soluciones diferentes, y todas legalmente válidas aunque fueran antagónicas.Esto es lo que nos conduce a lo que sostiene Alejandro Nieto como la falacia de los cánones hermenéuticos, en la que consideramos que el juez tiene poca injerencia en la atribución de

---

7 Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, estudio preliminar de Daniel Moreno, Porrúa, 2005, p. 151.

8 Asimismo, sobre la desconfianza de la ideología liberal sobre el juez, nos dice Ignacio de Otto: «todo el sistema - francés- revela un horror a la jurisprudencia que se pone bien de manifiesto en estas palabras de Robespierre: el término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley» en De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., 8ª reimpresión, España, Ariel, 2001, p. 293.

significado, sino que solamente realiza una tarea cognoscitiva a través de estos métodos para descubrir el verdadero significado que el legislador le atribuyó al texto, pero como sostiene «la importancia no es la hábil utilización de un método, sino la justificación de por qué en un asunto determinado se utiliza precisamente ese método y no otro que hubiera conducido a un resultado distinto»[9].

Tanto la deferencia al legislador como la sobrevaloración del principio de seguridad jurídica[10], han hecho que uno de los métodos predilectos de la interpretación de la ley sea la interpretación textual o literal. A través de este método se pretende justificar el sentido de la ley por el significado gramatical, semántico o sintaxis de la estructura del enunciado, y con ello limitar la discrecionalidad del juez. Pero no se toman en cuenta los problemas de vaguedad y ambigüedad que pueden presentarse en el texto de las leyes, lo que produce que el juzgador aunque realice este tipo de interpretación tienede manera inevitable que determinar el alcance del significado de ese texto no solo descubrirlo.

Pero no debemos asimilar la interpretación de la Constitución, con la interpretación de la ley. Las constituciones se han impregnado de carga axiológica, es decir, de valores que el Estado debe proteger[11]. En ese sentido el Profesor Neil MacCormick señala que el razonamiento jurídico debe realizarse en el contexto de valores fundamentales que se han

---

9 Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 35.

10 Tecla Mazzarese señala que «la interperetación literal es considerada como un instrumento necesario para afirmar que la seguridad jurídica puede y debe ser perseguida y asegurada. Temiendo que, de otra forma, el terrorífico caos de la pura arbitrariedad no tener ya obstáculo alguno, a los efecto de defender y afirmar la seguridad jurídica, los juristas siguen apoyándose en la interpretación literal», en Mazzarese, Tecla, «Interpretación Literal: Juristas y Lingüistas frente a frente», en Doxa, Núm. 23, 2000, p. 623.

11 Como en el ejemplo anterior se hace alusión al interés superior del menor, otro ejemplo es la importancia que tiene la dignidad humana sistema como base de todos los derechos fundamentales, véase Novena Época, Registro: 165813, Instancia: Pleno, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial, de la Federación y su Gaceta, XXX, Diciembre de 2009, Materia(s): Constitucional, Tesis: p. LXV/2009, p. 8, Dignidad humana. el orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales.

introducido en los ordenamientos jurídicos[12]; y muchos de estos valores se han expresado a través de los derechos fundamentales[13].

Además, por la idea de permanencia y estabilidad, la Constitución está escrita de tal forma que permita que temas que involucren moralidad (como derechos humanos) no estén resueltos de manera definitiva, sino que su lenguaje especialmente ambiguo y vago[14], posibilita que sociedades plurales coexistan y que generaciones futuras puedan a partir del texto de la Constitución, encontrar respuestas a diferentes problemas que se vayan planteando o responder a problemas recurrentes de forma diferente debido a cambio de circunstancias[15]. Adicional al lenguaje ambiguo y vago, otro problema que enfrentan los intérpretes Constitucionales es que no todo el Derecho Constitucional se encuentra plasmado en la Constitución, pues se nutre tanto de los trabajos de la elaboración del texto constitucional como de la jurisprudencia constitucional que se ha desarrollado y diferentes precedentes sobre derechos humanos que han desarrollado su protección.

Hasta aquí podríamos señalar que la interpretación de la constitución es sumamente compleja, y aún más si tomamos en cuenta lo que resalta BruceAckerman, en el sentido de que no debemos entender la constitución como un concepto abstracto, sino como una realidad práctica, histórico-evolutiva, constituida por generaciones que se han organizado para efectos de discutir y resolver las disputas organizacionales de sus poderes, así como de la identidad y futuro de la Nación[16], lo que implica que sin

---

12 MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law: A theory of legal reasoning*, Oxford, New York, 2005, pp. 1-2.

13 En ese sentido Pérez Luño señala que la función de los derechos fundamentales es «la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al derecho» en, Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2011, p. 17.

14 Berman, Mitchell, *Constitutional Interpretation: Non-Originalism*, Philosophy Compass 6/6 (2011), p. 408.

15 WilWaluchow, *op. cit.*, p. 24.

16 *Crf.* «The Constitution is more than an idea. It is an evolving historical practice, constituted by generations of Americans as they mobilized argued, resolved their ongoing disputes over the nation´s identity and destiny» in Ackerman, Bruce, *We The People: Foundations*, Belknap-Harvard, USA, 1993, p. 34.

desconocer la historia constitucional debemos no limitarnos a ella o a su texto, sino abrazar la posibilidad de desarrollar sus valores y fines constitucionales.

Enfocado este tema a la jurisdiccional constitucional, toda teoría constitucional y más de interpretación constitucional trata de dar cuenta de los límites en el alcance del control constitucional, sin embargo, hay escépticos de la posibilidad de que a través de teorías de interpretación, se pueda limitar el la función del juez constitucional. El profesor Tushnet descarta que la teoría constitucional y más de la interpretación constitucional, ha servido para limitar de manera efectiva el alcance de la función jurisdiccional constitucional (judicial review), sino que como señala «it serves primarily to provide a set of rethorical devices that Justices can deploy»[17]. Expone dos problemas específicos para comprender por qué las teorías de interpretación constitucional no sirven para limitar la interpretación constitucional: primero, ninguna teoría de interpretación constitucional conlleva a una única respuesta posible, como señala «talented judges, ifforce to adhere to the rules of any specified theory of interpretation, could produce wich ever result they wanted anyway»[18]; segundo, no existen razones para que los jueces adopten determinada teoría constitucional que limite su propia función y no adopten otras teorías[19] que les den mayor alcance en su participación en el desarrollo del contenido constitucional y control de los actos de otros poderes. Así tenemos que para el profesor Tushnet, las teorías de la constitución y de interpretación, no sirven para limitar el ejercicio de la función jurisdiccional.

Si tomamos en consideración la clasificación que Lawrence Sager maneja sobre la práctica de los jueces constitucionales, considerar si son

---

17 Tushnet, Mark, *Constitutional Interpretation, character, and experience*, Vol. 72, Boston University Law Review, 1992, p. 756.

18 Ídem, p. 750

19 Sobre este punto, señala que podría elaborarse una teoría de incentivos para adoptar determinada práctica judicial, o a través de la crítica académica de las resoluciones, pero que no ha mostrado muchos resultados positivos tales estrategias para incentivar que se generalice la adopción de una teoría constitucional determinada y más cuando en la propia academia existen diferentes posturas sobre qué teoría se debería desarrollar.

agentes o socios en el desarrollo del contenido constitucional[20], el profesor Tushnet, fija su posición en el sentido de que la jurisdicción debe limitarse al contenido e intención del constituyente (son agentes); en tanto que para el profesor Alexy, con la obligación de optimización, la función jurisdiccional puede ir más allá de lo establecido explícitamente en la Constitución, para desarrollar de mejor manera el contenido constitucional[21], una visión más de Socio (partnership) en la construcción o desarrollo del contenido constitucional. Esta última visión es la que consideramos mejor.

Otra dificultad que podemos encontrar en la interpretación constitucional, es la apertura constitucional que indica Lucas Verdú, es decir, que «las Constituciones actuales de los Estados democráticos, se abren a otros contenidos tanto normativos (derecho canónico, derecho comunitario) como extranormativos (usos y convenciones, normas de corrección constitucional) como metanormativos (valores, postulados morales y de justicia material, magnitudes socioeconómicas)»[22]. Al ampliar las dimensiones constitucionales másallá del texto mismo o en relación a aspectos implícitos y no meramente explícitos confronta una ideología decimonónica anquilosada, y restar valor a una interpretación de la literalidad de sus normas para potencializar la de su teleología con el objeto de lograr la maximización de sus fines y objetivos. Adicionalmente, el entendimiento de apertura constitucional, conlleva la aceptación de adjudicar el valor de rango constitucional a diversos documentos normativos aunque no tengan esa cualidad.

Por cuanto hace a cómo llevamos a cabo esta operación de interpretar la constitución, existen dos grandes clasificaciones de prácticas de interpretación de la Constitución: originalismo y no originalismo. Estas

---

20 Sobre esta clasificación el Profesor Sager señalaque «in agency accounts, the idealized judge is an agent of other decision-makers; she is an instruction taker…Partnership accounts, in contrast, treat judges as partner or collaborators in the enterprise of establishing and giving operational content to precepts of constitutional value» en Sager, Lawrence G., *Justice in Plainclothes. A theory of American Constitutional Practice*, Yale University Press, New Heaven, 2004, p. 15.

21 Alexy, Robert, *Balancing, constitutional review, and representation*, I-Con, Vol. 3, Number 4, 2005.

22 Verdú Lúcas, Pablo, *La constitución abierta y sus enemigos*, UCM, Madrid, 1993, p. 11.

clasificaciones las toman a partir de lo que debe hacer el juez en relación con la constitución, esto es, el juez constitucional debe ceñirse a lo dictado por el texto o por la intención de quienes la redactaron, o puede alejado de las consideraciones originales, realizar una interpretación diversa para desarrollar el contenido constitucional. De igual manera, aclaran que estas dos concepciones tienen diferentes vertientes. John Hart Ely señala que «*today we are likely to call the contending sides «interpretetivism» and «non interpretitivism» –the former indicating that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are sated or clearly implicit in the written constitution, the latter the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document*»[23].

Los métodos interpretativos de los originalistas, interpretativistas, textualistas, sostienen que existe un significado verificable del texto constitucional, y la tarea del intérprete es cognoscitiva, es decir, conocer cuál es ese significado. Sin embargo, para los no interpretativistas o no originalistas, no están sujetos por esa creencia de que la interpretación es un acto cognoscitivo, sino que ven la tarea de interpretar como un acto de decisión y voluntad[24].

Por tanto, la discusión sobre si la interpretación del Derecho es un acto de conocimiento o de decisión y voluntad, alcanza a la interpretación constitucional[25], y consideramos que la interpretación de la Constitución no debe entenderse como un acto cognitivo, que limita al intérprete a descubrir el significado del texto, ya sea por la intención de quienes la redactaron o por su significado literal, sino que es construcción del Derecho. Repito, como señala Erus Grau «la interpretación del derecho tiene un carácter constitutivo –y no meramente declarativo- y consiste en la producción por el intérprete (a partir de textos normativos y de los hechos relativos a un

---

23 Hart Ely, John, *Democracy and Distrust Theory of Judicial Review,* Harvard University Press, Cambridge, reprinted 1980, p. 1.

24 Sobre este tema, véase a Berman, Mitchell, *Constitutional Interpretation: Non-Originalism*, Philosophy Compass 6/6, 2011.

25 Véase Mendonca, Daniel, Guibourg, Ricardo, *La odisea constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 92-95.

caso determinado) de normas jurídicas que deben ser ponderadas para la solución de un caso»[26].

Los originalistas toman a la constitución y su papel como límite al poder público (incluyendo a los jueces constitucionales), como preponderante, por ello le guardarán algún tipo de deferencia a su texto, práctica histórica, intención de sus creadores, entre otras características. Un ejemplo de un método de interpretación constitucional textual contemporáneo es el intratextualismo de Akhil Reed Amar, en el que se apoya de la constitución como si fuera un diccionario. Para comprender el significado o la intención de las palabras utilizadas, es necesario recurrir al texto de la constitución para verificar cómo está utilizada en el resto del documento dicha palabra y darle el mismo sentido. El Profesor Reed Amar, indica»here is another feature of the Constitution: various words and phrases recur in the document. This feature gives interpreters yet another set of clues as they search for constitutional meaning and gives rise to yet another technique of constitutional interpretation. I call this technique intratextualism…in deploying this technique, the interpreter tries to read a contested word or phrase that appears in the Constitution in light of another passage in the Constitution featuring the same (or a very similar) word or phrase»[27].

En tanto que el no originalista, considera que no debe guardar tanta fidelidad al texto o a la intención de quienes crearon la constitución, sino a los fines y valores constitucionales. Los no originalistas o no interpretativistas, tienen varias vertientes como el Pluralismo, que señala que el derecho constitucional se contruye a partir de varios argumentos interpretativos (histórico, textual, estructural, doctrinal, ético, prudencial. También está el perfeccionismo, que busca desarrollar el contenido constitucional a partir de su mejor versión posible, como señala el Profesor Barber, «*if we are to make sense of what the Constitution says, we shall have to interpret and apply its provisions in light of our best understanding of an ideal state of affairs adumbrated by those provisions*»[28]. O el Pragmatismo, que es a partir de los efectos que puede

---

26 Grau, Eros, *Interpretación y aplicación del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 24.

27 Reed Amar, Akhil, Intratextualism, *Harvard Law Review*, Vol. 112, 1999, p. 748.

28 Barber, Sotirios A., *On what the Constitution means*, Johns Hopkins University Press, Maryland, 1986, p. vii.

desarrollar la interpretación dada en un sentido u otro, para mejor asegurar resultados positivos; Constitucionalismo *common law*, que se estructura a través de precedentes constitucionales.

Así la interpretación constitucional debe entenderse muy diferente a la interpretación legal, pues por su contenido moral y axiológico, los jueces que desarrollen justicia constitucional, primero deberán de dar sentido al texto constitucional para después utilizarlo como parámetro de control sobre las leyes y actos que emitan las autoridades.

III. Evolución de la Justicia constitucional en México. De un sistema de control constitucional semi-concentrado a un modelo de justicia constitucional Difuso

Para analizar la problemática de la interpretación constitucional a partir del control constitucional difuso permitido en el ordenamiento jurídico mexicano[29], es necesario atender la evolución del sistema constitucional. Tomamos como punto de partida la crisis y evolución del desacuerdo sobre la «Obligación de las Autoridades de Aplicar de manera Directa la Constitución», circunscrito a como lo había entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su Segunda Sala: «la aplicación directa -de la Constitución- corresponde indistintamente a todas las autoridades ordinarias o de control constitucional, siempre y cuando no desapliquen, para ese efecto, una Ley secundaria»[30].Previo al desarrollo del análisis de

---

[29] Para analizar más sobre la justicia constitucional en el sistema jurídico mexicano, véase: Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano. el Nº de Registro. 160480 [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 557.

[30] Nº Registro: 168177 Novena Época Instancia: Segunda Sala Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXIX, Enero de 2009 Materia(s): Constitucional Tesis: 2a. CLXII/2008, p. 781, Constitución política de los estados unidos mexicanos. su aplicación directa corresponde indistintamente a todas las autoridades ordinarias o de control constitucional, siempre y cuando no desapliquen, para ese efecto, una ley secundaria. Los artículos 40 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagran el principio de supremacía constitucional, en tanto disponen que la Constitución es la ley fundamental o suprema, naturaleza que niega la posibilidad de que esté sometida a otro cuerpo normativo superior y, en cambio, requiere que todo le sea inferior y que cada acto de autoridad esté de acuerdo con ella. Por tanto, en términos generales,

este criterio, hacemos mención que si bien este problema (incluyendo la tesis que la sostenía), está superado por la reforma Constitucional de junio de 2011[31], no deja de ser muy ilustrativo para los efectos que se pretende.

Ahora bien, las posiciones que existían sobre éste desacuerdo, eran por un lado los que aceptaban la «Aplicación Directa de la Constitución» sin diferenciación sobre el tipo de autoridades que deban aplicarla de manera directa, y por el otro lado, los que sostienen la aplicación directa de la constitución estaba reservada para ciertas autoridades (jueces constitucionales) y las demás autoridades deben aplicar de manera directa la ley y no la constitución, a pesar de la disconformidad de la ley con la constitución[32]. En cuanto a desacuerdos de esta naturaleza, Carrió señala que «hay una manera seductoramente simple de terminar con el problema: sostener que el desacuerdo no versa sobre hechos sino que es puramente terminológico, una mera cuestión de palabras»[33], en ese sentido, podríamos exponer que cuando hablamos de la tesis de la Segunda Sala sobre la «obligación de las autoridades de aplicar de manera directa de la Constitución», queremos decir que:

1) Algunas autoridades tienen mayor obligación de aplicar la Constitución que otras.
2) Algunas autoridades en ciertos actos, tienen la obligación de aplicar la Constitución antes que la ley.

---

todas las autoridades ordinarias o de control constitucional, están obligadas a aplicarla directamente, particularmente cuando se está en presencia de derechos fundamentales, aplicación que ya ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversos precedentes. No obstante, las autoridades distintas a los Jueces Constitucionales del Poder Judicial de la Federación deben aplicar directamente la Constitución hasta el límite de lo dispuesto en una ley formal y material; es decir, sólo deben aplicar e interpretar los contenidos constitucionales.

31 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Junio del 2011.

32 Véase la jurisprudencia ya superada: Control judicial de la constitución. es atribución exclusiva del poder judicial de la federación. Nº Registro: 193,558 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Agosto de 1999 Tesis: p./J. 73/99, p.18.

33 Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, p. 107.

3) Todas las autoridades tienen la obligación de aplicar el contenido constitucional únicamente cuando está desarrollado por una ley.
4) Sólo los jueces que actúen ejerciendo facultades de control constitucional, tienen la obligación de aplicar la Constitución de manera directa.
5) La obligación de las autoridades es de aplicar la ley y no la constitución.

Sin embargo, es insuficiente este análisis, porque el desacuerdo no es en cuanto el alcance de los términos utilizados en la tesis (desvaneciendo la pseudo-disputa por desacuerdos verbales), sino que el desacuerdo es de actitud. Siguiendo a Carrió, podamos señalar que el desacuerdo de actitud versa sobre dos cosas: a) sobre lo que deberían hacer las autoridades en relación con la aplicación directa de la Constitución; y b) sobre lo que deberían hacer los juristas al teorizar acerca de la aplicación de la Constitución. Así, sobre la actitud que podemos adoptar en relación con la Constitución, es la que nos indica Aguiló Regla, cuando expresa que podemos ver las Constituciones como Fuente de Fuentes o como Fuente directa[34]. De suerte que, para los que vean la Constitución como fuente de fuentes, la aplicación directa de la Constitución se realiza de acuerdo con lo que señala la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cambio, los que vean la función de la Constitución como Fuente Directa, la apreciación de la Segunda Sala es insuficiente.

A través de las reformas constitucionales de junio de 2011 en materia de derechos humanos[35], se ha dilucidado este desacuerdo sobre el alcance de la aplicación directa de la Constitución[36]. Ahora esta obligación de

---

34 Aguiló Regla, Josep, «Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución», en Aguiló Regla, Joseph, Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Fragmentos Para una Teoría de la Constitucional*, Iustel, España 2007, p. 54.

35 Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de junio de 2011.

36 En especial nos referimos al párrafo segundo y tercero del artículo 1º constitucional que señalan: «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley».

aplicar directamente la Constitución, tiene un mandato que consiste de dos aspectos importantes: a) La obligación de todos los órganos jurisdiccionales de promover, proteger y garantizar derechos humanos; b) La obligación de los órganos jurisdiccionales de aplicar de derechos humanos, a partir de la interpretación que más los desarrolle, que brinde la protección más amplia.

En ese sentido, Zagrebelsky señala que «la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley»[37], así este desacuerdo sobre el alcance de la obligatoriedad de las autoridades en aplicar de manera directa la Constitución se difumina a partir de las reforma constitucional en materia de Derechos Humanos.

Contrario a lo que se sostenía en esta tesis de la Segunda Sala, la ley ya no es la medida de la aplicación de la Constitución, ahora la Constitución y los derechos fundamentales, reivindican en nuestro sistema la posición central del orden jurídico[38]. Esto entre otras cosas, produce una transformación en el modelo de Estado Constitucional, pues ahora la Constitución mexicana articula la concepción formal y material de Constitución, con la finalidad de lograr, como señala el Profesor Michael Núñez, «la integración de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos fundamentales, lo cual comporta la prosecución de un orden político y social ideal partiendo del perfeccionamiento de un orden jurídico dado»[39].

Esto hace que se rompa con la concepción tradicional del juez, o más bien con la idea liberal del juez. Eugenio Bulygin señala que en la concepción

---

37 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2007, p. 47.

38 Como señala Zagrebelsky «la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley», en Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúcti*l, Madrid, Trotta, 2007, p. 47.

39 Núñez Torres, Michael, «Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado», en Torres Estrada, Pedro, *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, *México*, Limusa, 2006, p. 145.

de la «doctrina tradicional», la función del juez «se caracteriza por una tajante distinción entre la creación del derecho por parte del legislador y la aplicación del derecho por los tribunales de justicia… cuya tarea se agota en la aplicación de las leyes dictadas por el poder legislativo»[40]. Sin embargo, el Juez ya no es agente o mandatario del poder legislativo, sino un socio, participe activo en el desarrollo de contenidos constitucionales en favor del respeto de los derechos fundamentales[41].

Así, el cambio de percepción constitucional en los sistemas jurídicos, o más bien la crisis del paradigma jurídico tradicional trajo un cambio importante en la metodología del derecho[42]. La estructura principialista de las constituciones contemporáneas, ha generado una amplitud interpretativa y argumentativa.

Si volteamos a la evolución de nuestro sistema constitucional, hasta hace muy poco, sólo los jueces del poder judicial de la federación podían desatender la aplicación de leyes al estimarlas inconstitucionales, el resto de los jueces tenían proscrita tal función, con todo y el vicio de constitucionalidad de la ley debían de juzgar aplicando esas leyes, sin tener posibilidad de razonar su inconstitucionalidad. Un juez dentro del paradigma de los derechos fundamentales no está atado al principio de legalidad de esta manera, primero deberá atender que efectivamente la ley no vulnere derechos fundamentales[43],

---

40 Bulygin, Eugenio, «Los Jueces ¿crean Derecho?», en Malem, Jorge, Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo (Comp.), *La función Judicial. Ética y Democracia*, Gedisa-ITAM, Barcelona, 2003, p. 22.

41 Véase a Sager, Lawrence G., *Justice in plainclothes. A theory of American Constitutional practice*, Yale University Press, 2004, p. 15.

42 Aguiló Regla, Josep, «El método jurídico como argumentación Jurídica», en *La Constitución del Estado Constitucional*, Colombia, Palestra, 2004, pp. 160 y ss.

43 Así la SCJN ha señalado que «Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia», en No. Registro 160589 Localización: Décima Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011, p. 535 Tesis: p. LXVII/2011(9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional Control de Convencionalidad Ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

y en caso que determine que esa norma restringe derechos fundamentales, su obligación consiste en desaplicar esa ley y proteger los derechos fundamentales[44].

IV. Interpretación Constitucional en el Control Constitucional Difuso

Cuando hablamos sobre la posición del juez en relación con el legislador, caemos en la doble vinculación de los jueces: a la ley y a la Constitución[45]; por Constitución nos referimos en la protección y desarrollo del contenido de los Derechos Fundamentales, los contenidos materialmente constitucionales[46]. En el estado liberal, con el principio de división de poderes, la función del juzgador debía estar limitada a la aplicación de normas creadas por el legislador; la separación era tan tajante que originalmente se le tenía vedada la posibilidad de realizar alguna interpretación de las normas que debía aplicar[47]. Ahora, ante la obligación de aplicar

---

44 Registro Nº160480 Localización: Décima Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011, p. 557 Tesis: p. LXX/2011 (9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional Sistema de control constitucioal en el orden jurídico mexicano.

45 Los problemas de la doble vinculación de los jueces ha sido tratado por Aragón Reyes, Manuel «El juez ordinario entre legalidad y Constitucionalidad», en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Hector, et al., *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*, Porrua-UNAM, México, 2004, p. 151; siguiendo mucho a Manuel Aragón, véase García Calvo y Montiel, Roberto, «La doble vinculación del juez a la constitución y a la ley», en Malem, Jorge, Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo (Comp.), *La función Judicial. Ética y Democracia*, Gedisa-ITAM, Barcelona, 2003.

46 Contenidos ya sean en el propio texto constitucional o en algún otro documento normativo como tratados internacionales.

47 Como señala Ignacio de Otto: «para asegurar la más estricta sumisión del juez al legislador la ley francesa de 1790 dispone que cuando los jueces consideren necesaria la interpretación de la ley por dudar de sus sentido deben dirigirse al Cuerpo legislativo para que éste resuelva la dificultad (sistema del référé legislatif); de este modo el reconocimiento implícito de la falsedad del punto de partida teórico –admitir la duda en la interpretación significa reconocer que la ley no aporta de modo inequívoco la premisa mayor de la decisión- va acompañado de un mecanismo que quiere asegurar el carácter meramente aplicativo de la función del juez, pues la interpretación se confía al propio órgano legislador del que emana la norma a aplicar; con ello se viene a reconocer también el valor normativo de la interpretación, razón que explica que se reserva al propio soberano» en De Otto, Ignacio, *Derecho*

directamente la constitución, los jueces participan en la actividad de creación del derecho. La estructura principialista de las constituciones contemporáneas, han generado una amplitud interpretativa y argumentativa en la función jurisdiccional que exige de los juzgadores su participación en el desarrollo y generación del Derecho. Las resoluciones sostenidas en principios, supera dos contraargumentos tradicionales a la creación del derecho por los jueces, a saber: la afectación al principio democrático y la retroactividad de la norma creada en el caso. Esta teoría, Dworkin la llama «*RightsThesis*», y sostiene que supera estas objeciones en virtud de que el juez no pondera sobre el interés colectivo, ni se introduce en la labor de orientar el objetivo o necesidades de la sociedad, sino que se limita analizar la existencia de un derecho particular que es cuestionado dentro de su jurisdicción[48].

Sin lugar a dudas, este primer fenómeno tiene un impacto directo en el ejercicio profesional. La necesidad de operar con principios jurídicos, como señala Rogelio López, «la aplicación directa de principios constitucionales aún constituye un gran desafío para los jueces, dado que la Ley Fundamental es quizá el texto más vago del ordenamiento jurídico, y su aplicación, exige una labor hermenéutica que desafía los paradigmas a los que estuvimos acostumbrados durante la mayor parte del siglo pasado»[49].

Esto hace insuficiente una metodología jurídica en el que el instrumento predominante es el silogismo jurídico. La actual obligación de construir reglas a partir de principios, conlleva la obligación de ponderar diferentes valores, lo que obliga a los profesores a enseñar Derecho no exclusivamente en códigos y de ejercicios memorísticos de artículos, sino de razonamiento y evaluación de argumentos que justifique la aplicación de las reglas y el desarrollo de principios para resolver casos específicos. Cabe agregar que

---

constitucional sistema de fuentes, 2ª ed., 8ª reimpresión, España, Ariel, 2001, p. 293. En México, la Constitución de 1824, en el artículo 165 señalaba que: «Sólo el Congreso General podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de los artículos de la Constitución y la Acta Constitutiva».

48 Dworkin, Ronald, *Hard Cases*, *Harvard Law Review*, Volume 88, Nº 6, April 1975, pp. 1060-61.

49 López, Rogelio, *Interpretación Constitucional de los Derecho Fundamentales: Nuevos paradigmas hermenéuticos y argumentativos*, Porrúa, México, 2013, p. 45.

los principios no sólo se encuentran en los ordenamientos Constitucionales, actualmente los principios conviven con reglas en el texto de legislaciones secundarias; como ejemplo el artículo 414 del Código Civil del Estado de Nuevo León[50], establece una regla principal que señala que la madre tendrá el derecho preferente de custodia, luego indica algunos supuestos de excepción, sin embargo al final del numeral ordena al juez resolver siempre conforme el «interés superior del menor». Este valor del «interés superior del menor», no es una regla que le indique cuales son las condiciones de aplicación, el juez no podrá aplicar un silogismo jurídico, sino que deberá construir argumentativamente en cada caso, el alcance de este «interés superior del menor».

Al considerar los principios como normas del sistema jurídico, el silogismo se demuestra insuficiente como método argumentativo para desarrollar este tipo de normas. Recordemos que las reglas se conforman con un supuesto de hecho determinado, lo que implica que para su aplicación a un caso concreto basta subsumir los hechos a la regla adecuada, es decir, utilizar el famoso silogismo jurídico. En cambio, los principios al no tener un supuesto de hecho, son normas con condición de aplicación indeterminada, lo que implica que el juez va a tener que cumplir con ese mandato de optimización lo más que se pueda dentro de lo que empírica y jurídicamente se pueda. De suerte que para lograr esa tarea, la labor argumentativa ha aumentado, ahora adicional al silogismo, los operadores jurídicos tendrán que utilizar la ponderación y argumentos de razonabilidad para construir reglas a partir de principios. Por tanto, la introducción de principios ha provocado un cambio en el método jurídico, en consecuencia tenemos que revalorar la racionalidad de las soluciones jurídicas y enseñar a los alumnos de qué va el método jurídico actual.

---

50 Código Civil de Nuevo León, «Artículo 414 BIS.- La madre tendrá en todos los casos en que no viva con el padre de sus hijos, el derecho preferente de mantener a su cuidado a los que fueren menores de doce años, a menos que se dedicare a la prostitución, al lenocinio, hubiere contraído el hábito de embriaguez, drogadicción o cualquier otra adicción que pusiere directa o indirectamente en riesgo la estabilidad física o emocional del menor, tuviere alguna enfermedad contagiosa, o por su conducta antisocial ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de sus hijos. Debiendo en todo caso el Juez, escuchar la opinión de los menores que han cumplido doce años, resolviendo siempre conforme al interés superior de éstos».

Otro aspecto, es el razonamiento actual de los jueces ordinarios que no están acostumbrados al control constitucional, en el que ven a las normas como razones perentorias. Joseph Raz[51] señala que algunas reglas son razones de acción, a pesar de que puedan tener las características de opacidad, brecha normativa y su justificación es independiente de su contenido (en este último punto siguiendo a Hart). La opacidad implica que las reglas muestra que la conducta es obligatoria y por tanto una razón para realizarla, pero no muestra de qué manera la acción obligada es buena (la norma no es evaluativa sobre la conducta a realizar); la brecha normativa implica que la norma puede provocar una brecha entre lo valorativo y lo normativo, es decir, que puede distanciarse la fuerza normativa del valor de la conducta regulada; y su justificación independiente de su contenido conlleva, que las razones de seguir la norma no se centran en la idoneidad de las acciones contenidas en ella. Explica que estas tres características están intrínsecamente ligadas, pues la opacidad deriva de que sean justificables de manera independiente de su contenido y que esto a su vez provoca la brecha normativa. De igual manera resalta que la opacidad y la justificación independiente de su contenido provocan la falta de transitividad en las normas[52]. Esta falta de transitividad que refiere Raz, la resalta como una característica importante de las normas, pues nos conduce a lo que llama «*Autonomy Thesis*», que implica que el uso de las reglas en el razonamiento práctico (siempre que sean válidas), son razones en sí mismas, y no parte de un complejo razonamiento para elegir una conducta independiente de dichas reglas. Todo lo anterior nos conduce a lo que llama Raz «razón excluyente». En ese sentido, en el razonamiento práctico con las reglas, éstas constituyen razones excluyentes, es decir, su existencia excluye la posibilidad de emitir razonamientos sobre la realización de conductas alternativas a las que están reguladas por la norma.

Como referimos en el párrafo anterior, Raz indica que algunas normas constituyen razones de acción, de suerte que para distinguir qué tipo de

---

51 Raz, Joseph, *Reasoning with rules*, Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=999552. Véase también Bayón, Juan Carlos, «Razones y Reglas: sobre el concepto de «Razón excluyente» de Joseph Raz,» *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,*10, 1991, pp. 25-66.

52 Una justificación normativa y en general cualquier justificación debe ser transitiva: Si A justifica a B y B justifica a C, entonces A justifica a C.

normas constituyen razones para la acción y bajo qué características, acudimos a Manuel Atienza y Ruiz Manero, sobre la distinción entre Reglas y Principios[53]. Una de las distinciones que señalan, se refiere a la relación entre la obediencia a las autoridades normativas y la deliberación de los órganos jurisdiccionales sobre la conducta regulada por la norma. Sobre este punto, indican que las reglas jurídicas de mandato constituyen «razones perentorias», es decir, una razón de primer orden para realizar la conducta reglada y una razón de segundo orden que suprime la deliberación por parte de los órganos jurisdiccionales sobre cualquier otra conducta alternativa a la regulada por la norma, pues su origen constituye una fuente de autoridad normativa[54]. En tanto que, los principios no constituyen «razones perentorias», pues si bien, son razones de primer orden, es decir, efectivamente deben tomarse en consideración para resolver, pero no excluye la obligación del órgano jurisdiccional, del estudio sobre las razones o diversas acciones posibles para resolver conforme otros principios que pudiesen estar en conflicto. De tal suerte, señalan que «las reglas, son razones autoritativas tanto en cuanto al por qué operan como al cómo operan en el razonamiento justificatorio de los órganos jurisdiccionales; que los principios explícitos son razones autoritativas en cuanto al por qué de su presencia en dicho razonamiento pero no en cuanto al cómo operan en él»[55].

Actualmente, dentro del cambio de paradigma jurídico, en que la ley ha perdido su posición hegemónica, tanto como fuente de derecho como instrumento argumentativo, los jueces deberán enfrentarse a esta emancipación tornando a diferentes métodos de interpretación para el desarrollo del control constitucional desde los mecanismos del control constitucional difuso.

---

53 Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,10, 1991, pp. 111 y ss. Véase también Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Ariel, 2ª edición, 4ª impresión, Barcelona , 2007, pp. 34-39.

54 Aquí podemos ver la falta de transitividad en relación a la opacidad y la justificación de contenido independiente, en la medida que la obligatoriedad de aplicar la norma no deriva de las razones buenas o malas de la conducta regulada por la norma, sino por las razones de autoridad de la fuente de la regla

55 Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, Nota 53, p. 112.

Los jueces ordinarios se vuelven intérpretes directos de la constitución con las limitaciones del control difuso, por lo que antes de aplicar la ley debe entenderse que han valorado la constitucionalidad de la misma. La interpretación literal debe ceder a otros métodos de interpretación que justifiquen en mayor medida su razonamiento a partir de esa carga axiológica y valorativa que se encuentra en la constitución. Deberán de revalorarse las prácticas jurisdiccionales, para que se materialice en lo cotidiano de la función jurisdiccional la supremacía de la constitución y la protección de derechos fundamentales.

Referencias Bibliográfícas

Ackerman, Bruce, *We The People: Foundations*, Belknap-Harvard, USA 1993.

Aguiló Regla, Joseph, et al., *Fragmentos Para una Teoría de la Constitucional*, Iustel, España, 2007.

– (2004) «El método jurídico como argumentación Jurídica», en *La Constitución del Estado Constitucional*, Colombia, Palestra.

Alexy, Robert, *Balancing, constitutional review, and representation*, I-Con, Vol. 3, Number 4, 2005.

Aragón Reyes, Manuel, «El juez ordinario entre legalidad y Constitucionalidad», en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Hector, et al., *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*, Porrua-UNAM, México, 2004.

Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, «Sobre principios y reglas», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, 1991.

– (2007) *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, 2da edición, 4ª impresión, Barcelona.

Barber, Sotirios A., *On what the Constitution means*, Johns Hopkins University Press, Maryland, 1986.

Bayón, Juan Carlos, «Razones y Reglas: sobre el concepto de «Razón excluyente» de Joseph Raz», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, 1991.

Berman, Mitchell, «Constitutional Interpretation: Non-Originalism», *Philosophy Compass* 6/6 (2011).

Bulygin, Eugenio, «Los Jueces ¿crean Derecho?», en Malem, Jorge, Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo (Comp.), *La función Judicial. Ética y Democracia*, Gedisa-ITAM, Barcelona, 2003.

Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. sistema de fuentes*, 2ª ed., 8ª reimpresión, España, Ariel, 2001.

Dworkin, Ronald, «Hard Cases», *Harvard Law Review*, Volume 88, Nº 6, April 1975.

Friedlander, Matthew D., «Adjudicating in the kingndom of ends: a constructivist response to the Hart/Dworkin Debate», *University of Illinois Law Review*, No. 4 Vol. 2011.

Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2003.

Grau, Eros, *Interpretación y aplicación del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.

Hart Ely, John, *Democracy and Distrust Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, reprinted 1980.

López, Rogelio, *Interpretación Constitucional de los Derecho Fundamentales: Nuevos paradigmas hermenéuticos y argumentativos*, Porrúa, México, 2013.

MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law: A theory of legal reasoning*, Oxford, New York, 2005.

Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Revised Second Edition, Oxford, 2005.

Mazzarese, «Tecla, Interpretación Literal: Juristas y Lingüistas frente a frente», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 23, 2000.

Mendonca, Daniel, Guibourg, Ricardo, *La odisea constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, estudio preliminar de Daniel Moreno, Porrúa, 2005.

Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.

Núñez Torres, Michael, «Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado», en Torres

Estrada, Pedro, *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, México, Limusa, 2006.

Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 10ª edición, Madrid, 2011.

Reed Amar, Akhil, «Intratextualism», *Harvard Law Review*, Vol. 112, 1999.

Rubio Llorente, Francisco, «La jurisdicción Constitucional como forma de Creación de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Nº 22, Abril 1988.

Sager, Lawrence G., *Justice in Plainclothes. A theory of American Constitutional Practice*, Yale University Press, New Heaven, 2004.

Tushnet, Mark, *Constitutional Interpretation, character, and experience*, Boston University Law Review, Vol. 72, 1992.

Verdú Lúcas, Pablo, *La constitución abierta y sus enemigos*, UCM, Madrid, 1993.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2007.

– (2005) *Historia y Constitución*, Mínima Trotta, Madrid.

Interpretación Constitucional y ciencia jurídica: Entre el modelo realista y el modelo argumentativo

Santiago Ortega

De los diferentes modelos de ciencia jurídica, el modelo de dogmática jurídica realista ha tenido una amplia e importante repercusión en la teoría jurídica contemporánea[1]. La influencia del pragmatismo sobre el realismo jurídico norteamericano se puede apreciar con claridad en el desinterés de esta versión del realismo por ofrecer una definición del Derecho[2]. Por ello, si bien el problema de la definición del Derecho es un punto central en nuestra tradición jurídica, fue un aspecto marginal para los realistas

---

1 Cfr. Wroblewski, J., *Contemporary Models of Legal Sciences*, Polish Academy of Science, Lodz, 1989; Aarnio, A., *Essays on the Doctrinary Study of Law*, Springer, Dordrecht, 2011; Peczenik, A, *Scientia Juris*, Springer, Dordrecht, 2005; Van Hoecke, M., *Methodologies of Legal Research*, Hart Publishing, Oxford, 2011; Peczenik, A., Lindahl. L., y Von Roermund, B., *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht, 1984; Jori, M., *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffrè, Milano, 1976; Bobbio, N., *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950. Peczenik, A., *Scientia Juris*, Kluwer, Dordrecht, 2010, cap. 1.1; Jakab, A., «Seven Role Models of Legal Scholars», en *German Law Journal*, 12, 2011, disponible on-line en http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1341; Aarnio, A., «Paradigms in Legal Dogmatics: Towards a Theory of Change and Progress in Legal Science», en Peczenik, A., Lindahl. L., y Von Roermund, B., *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht, 1984.

2 Cfr. Castignone, Silvana; Faralli, Carla y Ripolli,Mariangela (eds.) *Ildiritto come profezia*, Giappichelli, Torino, 2002; Cross, Frank, «Political Science and the New Legal Realism», *Nortwestern University Law Review*, 1997; Farrell, Martín Diego, *Hacia un concepto empírico de validez*, Astrea, Buenos Aires, 1972; Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid; Frank, Jerome, *Law and Modern Mind*, Stevenson &SonsLimited, London, 1949; Guastini, Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Universidad del Externado, Colombia, 2012; Hierro, Liborio, *El realismo jurídico escandinavo*, Iustel, Madrid, 2008.

norteamericanos, quienes comprendían que no existía una razón para darle prioridad a la teoría sobre la práctica o al conocimiento sobre la acción[3].

Para los realistas «no interesa definir «qué es» el Derecho, [sino] conocer cómo funciona verdaderamente y «para qué» sirve en la práctica. Hasta el punto de que ese funcionamiento práctico acaba para ellos confundiéndose con lo que el Derecho «es»: los realistas, cuando se ocuparon del concepto de Derecho, eligieron trabajar con una concepción no normativa sino descriptiva o fáctica de la dimensión del Derecho en cuanto «hecho social»[4].

El realismo norteamericano tenía entre sus preocupaciones conocer cómo los jueces deciden y no cómo las normas se entienden. Aspiraban a saber qué ocurría en realidad sin ilusiones morales[5]. En tanto, que el realismo escandinavo adoptaba una posición que asumía que los problemas jurídicos eran una mixtura de no – cognitivismo sobre la semántica normativa de los juicios legales y de psicologismo sobre normas vinculado a cuestiones epistemológicas y metafísicas[6].

---

3 Cfr. Holmes, Oliver Wendel, *La senda del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012; Leiter, Brian, *Jurisprudencia naturalizada*, Marcial Pons, Madrid, 2012; «Legal Indeterminacy», en *Legal Theory*, vol. 1, 1995; Llewellyn, Karl, *TheBramble Bush*, Oceana, New York, 1991; Karl, «Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes are to Be Construed», *Vanderbilt Law Review*, vol. 3, 1950; Millard, Eric, «Jugar al fútbol con las manos», en *Eunomía*, 2/2012; Oliphant, Hermann, «A Returnto Stare Decisis», *American Bar AssociationJournal*, vol. 14, 1928; Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho*, Labor, Barcelona, 1980.

4 Cfr. Pérez Lledó, Juan, *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, pp. 246.

5 Cfr. Posner, Richard, *Cómo piensan los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2011; Radin, Max, «Statutory Interpretation», *Harvard Law Review*, vol. 43, 1929-1930; Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997; Segal, Jeffrey y Spaeth, Harold, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge University Press, 2002.

6 Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, Fontamara, México, 1999; Peczenik, Aleksander; Lindhal, Lars, y Van Roermund, Bert, *Theory of Legal Science*, Synthese Library, Dordrecht, 1984; Wroblewski., Jerzy, *Contemporary Models of Legal Science*, Polish Academy of Sciences, Lodz, 1989; Hierro, Liborio, *El realismo jurídico escandinavo*, Iustel, Madrid, 2008; Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho*, Labor, Barcelona, 1980; Tarello, Giovanni., *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.

Para algunos autores como Brian Leiter, el Realismo Escandinavo tiene más en común con Kelsen y Hart que con sus pares norteamericanos, porque compartían un interés común sobre problemas filosóficos tradicionales en torno a la naturaleza metafísica del derecho y cómo se puede localizar en el mundo real[7].

No obstante, para el mismo Leiter, ambas tradiciones comparten algo en común: un punto de vista escéptico sobre la doctrina legal que los jueces invocan para explicar sus decisiones. Aunque, este punto en común, también tiene un enfoque particular para los escandinavos, por un lado, y para los realistas italianos y americanos, por el otro.

Quizá sea en este punto donde se ha producido las mayores distorsiones sobre el pensamiento de los Realistas. Esto se debe a que una de las críticas habituales que se les hace es la de haber confundido la ciencia jurídica con el objeto mismo de estudio. Holmes hizo una muy famosa definición del derecho. Para Holmes el derecho son profecías de cómo los tribunales actuarán[8]. Esta definición fue atribuida erróneamente a todo el movimiento Realista. Un ejemplo lo encontramos en Carlos Santiago Nino, quien afirmó que «cuando Holmes y *Llewellyn* nos dicen que el Derecho consiste en un conjunto de profecías sobre la conducta de los tribunales, ¿en cuál de sus diferentes sentidos usan la palabra Derecho?»[9]. Es importante comprender que en relación al escepticismo del movimiento no se puede afirmar contundentemente que para los realistas las reglas no tienen ninguna importancia. Una cosa es decir que las reglas resultan ser menos importante en el derecho de lo que pensamos habitualmente y otras que *no* desempeñan ningún papel en las decisiones judiciales.

---

7 Leiter, Brian, *Jurisprudencia naturalizada*, Marcial Pons, Madrid, 2012; «Legal Indeterminacy», en *Legal Theory*, vol. 1, 1995; Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962; Castignone, S., Faralli, C. y Ripolli, M., *Il diritto come realtà*, Giappichelli, Torino, 2000; Castignone, S., *Il diritto come profezia*, Giappichelli, Torino, 2000.

8 Cfr. Castignone, Silvana; Faralli, Carla y Ripolli,Mariangela (eds.) *Ildiritto come profezia*, Giappichelli, Torino, 2002; Cross, Frank, «Political Science and the New Legal Realism», *Nortwestern University Law Review*, 1997; Holmes, Oliver Wendel, *La senda del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

9 Nino, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 47.

La metodología de los realistas es principalmente empírica, aunque varía en el énfasis que hacen los realistas escandinavos y los norteamericanos. Esta metodología se diferencia, como la metodología Hartiana, aunque se puede entender que ambas comprenden que el derecho es un complejo producto humano. Esta diferencia es normal, pues la influencia filosófica que recibió Hart proviene de los estudiosos ingleses del análisis del lenguaje ordinario[10]. Los intereses académicos de Hart eran principalmente filosóficos. En tal sentido, el análisis conceptual de las instituciones jurídicas tiene un rol protagónico en el pensamiento hartiano. En tanto que la influencia filosófica de los Realistas, especialmente los norteamericanos, proviene del instrumentalismo pragmático, cuyo interés está centrado en conocer cómo deciden los jueces[11]. Los intereses académicos de los Realistas norteamericanos eran principalmente prácticos.

En el modelo de ciencia jurídica normativista, el estudio descriptivo del conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, no resuelve el problema sobre lo que hacen los operadores jurídicos con esas normas, ni formulan una solución a la indeterminación del Derecho, pues un conjunto de normas jurídicas puede ser interpretado de diferentes maneras y como resultado un mismo caso puede tener varias posibles soluciones[12]. Este modelo de ciencia jurídica no considera el escepticismo de las reglas, esto es, la indeterminación del sistema jurídico, lo que provoca que cualquier modelo de ciencia jurídica formalista que afirme que existe una única interpretación correcta sea falsa[13].

Por otro lado, parte de esta problemática del escepticismo de las reglas afecta la mayoría de los modelos de ciencia jurídica. Si de las reglas

---

10 Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Second Edition, Clarendon Press, London, 1994.

11 Cfr. Tarello, Giovanni., *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962; Leiter, Brian, «In Praise of Realism (and Against 'Nonsense' Jurisprudence)», *TheGeorgetown Law Journal*, vol. 100, 2012; Llewellyn, Karl, *TheTheory of Rules*, Chicago University Press, 2011; Summers, Robert, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, 1982.

12 Cfr. Wroblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, México, 2003; Carrió, Genaro, *Notas sobre el derecho y el lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011; Endicott, Timothy, *La vaguedad en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2007; Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2006; Ratti, Giovanni., *Sistema giuridico e sistematizzazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008.

13 Cfr. Hutchinson, Allan. (ed.), *Critical Legal Studies*, Rowman & Little field Pub. Inc., 1989.

no podemos extraer una única respuesta correcta, entonces como solucionamos las controversias. En virtud del escepticismo de las reglas, el realismo señala que la ciencia jurídica debe ser más una teoría descriptiva de interpretación que una teoría prescriptiva de interpretación, una reconstrucción de la práctica efectiva de una determinada comunidad interpretativa[14].

En el caso del Realismo Metodológico desarrollado por Guastini, la ambigüedad de la interpretación es el resultado de la indeterminación jurídica[15]. En varios de sus trabajos Guastini hace una esclarecedora clasificación de la ambigüedad del vocablo «interpretación». Diferencia entre la interpretación *in abstracto* y la interpretación *in concreto,* pues aquella implica identificar el sentido de los textos, y ésta implica una decisión acerca de la referencia de un concepto en relación a un caso concreto. Pero además, por interpretación podemos referirnos a un acto de conocimiento, «*interpretación cognitiva*», un acto de decisión, «*interpretación decisioria*» o un acto de creación, «*interpretación creativa*».

La «*interpretación cognitiva*» es un acto de puro conocimiento, en tanto que la «*interpretación decisoria*» y la «*interpretación creativa*» son operaciones políticas, con efectos prácticos[16]. Además, Guastini agrega que también existen diferencias entre la interpretación como operación de los jueces, por un lado, y de los juristas por el otro.

Junto a esta importante diferenciación conceptual, Guastini afirma que la ambigüedad de la interpretación jurídica *in abstracto* e *in concreto* se vincula con un tipo específico de indeterminación jurídica. Lo que significa que la interpretación de textos y la interpretación de hechos es el resultado de la indeterminación jurídica. La ambigüedad *in abstracto* responde a la indeterminación del sistema jurídico como tal, en cambio, la ambigüedad *in concreto* responde a la indeterminación de cada norma particular.

---

14 Cfr. Guastini, Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación,* Universidad del Externado, Colombia, 2012; Farrell, Martín Diego, *Hacia un concepto empírico de validez*, Astrea, Buenos Aires, 1972; Chiassoni, Pierluigi, *Desencantos para abogados realistas*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

15 Cfr. Guastini, Riccardo., *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

16 Cfr. Guastini, Riccardo, «El realismo jurídico redefinido», en Álvaro Núñez Vaquero (ed.) *Modelos de ciencia jurídica*, Palestra, Lima, 2013.

La ambigüedad es una propiedad de las palabras que pueden tener más de un significado. Esto es, la ambigüedad no quiere decir falta de significado[17]. Por el contrario, la ambigüedad quiere decir que hay muchos significados, no que se carece de un significado. Por otro lado, la ambigüedad de las palabras no significa que todo vale, es decir, no significa que cualquier interpretación es válida. No cualquier interpretación es válida.

Para Guastini la indeterminación es una de las propiedades del sistema jurídico y esta indeterminación implica que no se puede predicar la verdad de los enunciados interpretativos. Si la ambigüedad es una de las propiedades del lenguaje normativo, eso quiere decir que si bien no es posible aceptar toda interpretación como válida, existe un conjunto de interpretaciones válidas[18].

El asunto de la interpretación decisoria como operación política está en elegir y decidir una entre el conjunto de interpretaciones posibles y válidas. Lo que significa que existe una multiplicidad de opciones y no *una única respuesta correcta*[19]. Para Guastini, cualquier tesis que sostenga que los problemas interpretativos admiten una respuesta correcta es falsa porque al ser la ambigüedad y la indeterminación propiedades estructurales del sistema jurídico hace imposible sostener la tesis de la respuesta correcta[20]. Desde este punto de vista, ¿cómo saber cuál de las interpretaciones es correcta?, si existe un conjunto de posibles opciones válidas. Esta es la razón por la cual la indeterminación es el fundamento del escepticismo ante las reglas. O por lo menos una de la razones.

Del mismo modo, la indeterminación del sistema jurídico no solo se debe a razones objetivas, es decir, solo por cuestiones del lenguaje propiamente dicho. Existen otras razones que Guastini reconoce, como: la multiplicidad de métodos interpretativos, la dogmática jurídica, el sentimiento de justicia del intérprete[21]. En efecto, comprender la estructura de la interpretación implica

---

17 Ibid., p. 91.

18 Cfr. Guastini, Riccardo., *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

19 Cfr. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988; *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

20 Cfr. Guastini, Riccardo, *El escepticismo ante las reglas replanteado*, *Discusiones*, 11, 2012, pp. 27-57.

21 Ibid., p. 38.

tomar en cuenta los elementos no – objetivos de la misma. En este caso, Guastini hace referencia a los aspectos subjetivos del intérprete y cómo pueden variar el significado de las disposiciones normativas por este componente.

Son por estas razones que Guastini sostienen algunas tesis mínimas como: el no cognitivismo en el ámbito de la interpretación jurídica, una teoría descriptiva de la interpretación no implica una teoría del significado o el hecho de que el escepticismo ante las reglas no implica la tesis de la inexistencia del significado previa a la interpretación[22].

Esto significa que para Guastini los textos normativos no tienen un significado «objetivo». En efecto, la teoría de la interpretación jurídica de Guastini tiene plena correlación con esta tesis no – cognitivista en el ámbito meta – teórico porque la negación de una respuesta única correcta, implica, de alguna forma, un no cognitivismo a nivel meta – teórico[23].

Así mismo, para que se requiera una teoría del significado, ya sea descriptiva o normativa, de una teoría descriptiva de la interpretación es necesario que aceptemos que los enunciados interpretativos pueden ser considerados como verdaderos o falsos. Y el asunto está en que para Guastini no se pueden considerar los enunciados interpretativos como verdaderos o falsos[24].

El escepticismo radical asume que los enunciados normativos no tienen significado antes de la interpretación[25]. Pero ello, equivaldría a negar hasta el significado literal. Esto es implausible. Las cosas no funcionan así. El escepticismo semántico asumiría que todo enunciado interpretativo es un *auténtico* enunciado interpretativo. O sea, todo vale. Pero *no* todo vale. Como mencioné, no todas las interpretaciones son válidas. Para ello, existen límites conceptuales como: el uso común, los métodos interpretativos y las teorías dogmáticas[26].

Se podría afirmar que escepticismo como una teoría y meta-teoría de la interpretación jurídica implica algunas tesis básicas como: diferenciar

---

22 Ibid., p. 43.
23 Ibid., p. 46.
24 Ibid., p. 35.
25 Ibid., p. 41.
26 Ibid., p. 55.

entre enunciado normativo y norma jurídica, la imposibilidad de calificar un enunciado interpretativo como verdadero o falso, aceptar que interpretar no significa que *todas* las interpretaciones sean válidas, aceptar que una teoría descriptiva de la interpretación jurídica que explique el funcionamiento real del sistema jurídico no requiere una teoría del significado, además, estar de acuerdo con que la interpretación jurídica tiene límites conceptuales, y, principalmente, el hecho de que siempre es posible interpretar un mismo texto de múltiples formas distintas, lo cual se relaciona con la tesis pues no existe un criterio de verdad para los enunciados interpretativos.

Pero no todos los modelos de ciencia jurídica son realistas. En el modelo de ciencia jurídica argumentativista, se propone buscar soluciones a los casos difíciles que el modelo normativista no ofrece[27]. El modelo argumentativista, propone comprender al derecho, incluyendo normas que no son reglas, sino principios y valores que estructuran el ordenamiento jurídico[28]. En los casos difíciles en que las reglas no proponen una posible respuesta, se acude a principios y valores, y a través de una argumentación de acuerdo a estos principios y valores. El problema que presenta este modelo de ciencia jurídica es que los métodos de argumentación que se

---

27 Cfr. Calsamiglia, Albert, «Ciencia jurídica», Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988; *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007; Feteris, Evelin, *Fundamentos de argumentación jurídica*, Universidad Externado de Colombia, 2007; Maniacci, Giorgio, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2008; Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007; Moreso, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009; Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989; Peczenik, Aleksander, *Scientia Juris*, Springer, Dordrecht, 2005. Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Fontamara, México, 1995; *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991; Alexy, Robert, «La tesis del caso especial», *Isegoría*, 1999; *Teoría de la argumentación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989; Amselek, Paul, «El paradigma positivista de la dogmática jurídica», *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 7, 2006, p. 33.

28 Cfr, Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho ductil*, Trotta, Madrid, 2003.

proponen carecen de criterios objetivos para validar los argumentos expuestos a partir de estos principios y valores. Esto produce que la argumentación y los métodos utilizados para exponer las razones de la solución ofrecida en esos casos difíciles sirvan para disfrazar las concepciones ideológicas de los intérpretes u operadores de Derecho[29].

Finalmente, el modelo de dogmática jurídica realista-tecnológico, propone a partir del consecuencialismo ético criterios objetivos para validar de manera objetiva las soluciones tomadas en los casos difíciles[30]. A partir del estudio de medios y fines que ayuden en mayor medida para el alcanzar un mejor estado de cosas, se puede estudiar de manera objetiva y no por preferencias ideológicas de los intérpretes las soluciones propuestas como correctas para cada caso.

Referencias Bibliográficas

Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de la ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, CEPC, Madrid, 1991.

Bobbio, Norberto, «Ciencia del derecho y análisis del lenguaje», en *Contribuciones a la teoría del derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1980.

– (1949) *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino.

– (2011) *Saggi sulla scienza giuridica*, Giappichelli, Torino.

Bulygin, Eugenio, «Sull'interpretazione», en *Analisi e Diritto*, 1992.

Calsamiglia, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986.

Cannata, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Tecnos, Madrid, 1996.

---

29 Cfr. Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998; Carrino, Agostino, *Ideologia e concienza. Critical Legal Studies*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992; Courtis, Christian, (ed.), *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001; Kennedy, Duncan, «Form and Substante in Private Law Adjudication», *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976.

30 Cfr. Driver, Julia, *Consequentialism*, Routledge, London, 2011.

Chiassoni, Pierluigi, «The Simple and Sweet Virtues of Analysis. A Plea for Hart's Metaphilosophy of Law», *Revista Problema*, vol. 5, 2011.

Courtis, Christian (ed.), *Observar la ley*, Trotta, Madrid, 2006.

Endicott, Timothy, *La vaguedad en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.

Feteris, Evelin, *Fundamentos de argumentación jurídica*, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Galgano, Francesco, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Cedam, Padova, 2010.

Guastini, Riccardo, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

Hernández Gil, Antonio, *Metodología del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.

Hernández Marín, Rafael, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, PPU, Barcelona, 1989.

Jori, Mario, *Il metodo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1976.

Kalinowski, George, *Disputa sullascienza normativa*, Cedam, Padova, 1982.

Kennedy, Duncan, «Form and Substante in Private Law Adjudication», *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976.

Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

Leiter, Brian, *Jurisprudencia naturalizada*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

Llewellyn, K., *Belleza y estilo en el Derecho*, Bosch, Barcelona, 1953.

Nino, Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, Fontamara, México, 1999.

Peczenik, Aleksander; Lindhal, Lars, y Van Roermund, Bert, *Theory of Legal Science*, Synthese Library, Dordrecht, 1984.

Pound, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1950.

Ratti, Giovanni, *Sistema giuridico e sistematizzazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008.

Raz, Joseph, «El papel de la intención en la interpretación jurídica», en *Doxa*, 20/1997.

Rodríguez, Jorge, *Introducción a la lógica de los sistemas normativos*, CEPC, Madrid, 2002.

Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997.

Samuel, Geoffrey, *Epistemology and Method in Law*, Ashgate, Aldershot, 2003.

Sastre Ariza, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Mac-Grawhill, Madrid, 1999.

Villa, Vittorio, *Teoria della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, Giuffrè, Milano, 1984.

Wroblewski, Jerzy, *Contemporary Models of Legal Science*, PolishAcademy of Sciences, Lodz, 1989.

La Constitución y su justificación en la construcción del Estado Constitucional

Rafael Santacruz Lima
Silvia Luna Pichardo

I. Consideraciones Iniciales

La Constitución es fuente del derecho: más aún, es la máxima entre las fuentes del derecho. Supremacía constitucional constituye uno de los tópicos de mayor cuestionamiento dentro del reciente y convulsionado desarrollo de la teoría constitucional en Latinoamérica, por ello el presente artículo tiene como finalidad establecer una serie de elementos puntuales de carácter epistemológico que permitan reconstruir de manera eficaz, el concepto y predominio de la supremacía de la norma fundamental dentro del universo jurídico al que da vida; así como su interacción con la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos; en tal entendido, la aplicación normativa de los instrumentos internacionales en la materia, producen una suerte de coordinación entre la norma fundamental y estos últimos, tal circunstancia lejos de implicar la erosión del concepto de supremacía constitucional, representa dentro del andamiaje normativo el reconocimiento de contenidos de carácter fundamental para un estado en las producciones legales internacionales.

Para el caso de la región latinoamericana, el tema ha suscitado debates sobre la aplicación de los principios de convencionalidad y la diferenciación entre supremacía y jerarquía normativa, poniendo en cuestionamiento los alcances actuales de la soberanía estatal. La convencionalidad y en general la aplicación del derecho internacional no es un concepto inédito ni mucho menos de aplicación reciente dentro de los sistemas jurídicos. En el continente europeo, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia Europeo, encargados ambos de aplicar las disposiciones contenidas en tratados internacionales relativos a derechos humanos, así como procedimientos de cumplimiento o incumplimiento de instrumentos de diversa naturaleza, entre otros, mantienen un diálogo constante respecto de los órganos jurisdiccionales domésticos, construyendo de esta forma, la aplicabilidad del derecho comunitario de la Unión Europea.

El creciente vínculo que existe entre una diversidad de sujetos, instituciones, normas y operadores jurídicos, trae como consecuencia ulterior una inevitable relación entre el derecho internacional y el derecho constitucional local, provocando su encuentro hasta llegar a un mismo punto de contacto; de esta forma se visualiza a la dignidad de la persona humana como objeto y finalidad de todas las disposiciones normativas.

Una vez que tales relaciones evolucionan hasta haberse afianzado en virtud de la cooperación regional que buscan los estados, se materializa no solo un incremento en el desarrollo de los ámbitos comerciales, por el contrario se presenta una evolución en las relaciones culturales y jurídicas interestatales en virtud de la operatividad de órganos de carácter internacional. Este panorama supone una nueva dimensión de la aplicación normativa, un flujo de los derechos fundamentales y sobre todo un nuevo dialogo entre cortes internacionales y estados[1].

Esta coparticipación trae a colación un cambio estructural entre las concepciones de constitución, constitucionalismo y por consecuencia de la constitucionalidad y validez formal y material de los actos y normas. Para entender de manera concreta estas cuestiones en necesario hacer una recuperación de dichos conceptos tal como han sido estudiadas por la literatura contemporánea para posteriormente ahondar en sus implicaciones actuales.

II. Dimensión teleológica de la constitución

La Constitución no es simple papel mojado o, frente a Burdeau, que la Constitución no es todavía una idea pura que vague por las tristes playas del pasado. Porque, al hablar de derecho, hablamos, efectivamente, de Constitución. En un sentido muy lato, Constitución se identifica con orden jurídico concreto, con ordenamiento y, así precisamente, en el ordenamiento

---

[1] *Véase*, De Muro, Gianmario, «Las relaciones entre la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Europea de Derechos Humanos», *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 17, julio-diciembre de 2007. Al respecto De Muro establece que partiendo de una reforma de estos tratados (y tal vez también de la Convención), parece en concordancia con la amplitud de las posibles combinaciones de los futuros vínculos entre democracia, soberanía y derechos.

italiano, que encuentra probablemente en esta identificación el mayor obstáculo para construir una teoría de la Constitución[2].

La constitución se nos presenta no como la totalidad del ordenamiento, sino como aquella parte de él que lo conecta con la hipótesis de donde deriva su validez y asegura su dinamismo. La construcción del concepto de constitución, atiende inexorablemente al principio evolutivo de la sociedad humana, es una constante en la historia del hombre la necesidad de un orden normativo escrito donde conste como ha de ser la organización política de una comunidad determinada, dicha construcción ha sido un elemento *sine qua non* del desarrollo de las civilizaciones[3].

En primer punto la aportación de Niccholo Machiavelli es, sin lugar a dudas, trascendental, pues al hablar de principados en su obra y de la forma de gobernar en los mismos, establece la subordinación política de la comunidad al Estado; un hecho histórico que marco el punto de partida para determinar la ley fundamental de un Estado, fue la Paz de Westfalia[4], en la que se configuraron los principios inmanentes de libertad de creencias, autodeterminación y soberanía de un Estado.

El segundo surge de la declaración de los derechos del hombre y sus prerrogativas mínimas en un sociedad, el tercer punto determina de forma precisa la conformación de una sociedad bajo un cuerpo de leyes denominado Constitución, pues las colonias inglesas plasman en las cartas de libertad esas prerrogativas y obligaciones de sus ciudadanos así como su forma de organización territorial, administrativa y la conformación de una república libre y federal; es decir, el pueblo crea su Constitución

---

2 Rubio Llorente, Francisco, «La Constitución como Fuente de Derecho», (Ensayos escogidos), en Carbonell Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos*, 4ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 157.

3 Las reglas de conducta más conocidas de la antigüedad tienen un sentido fundacional de la sociedad de Babilonia y Persia. El cilindro de Ciro, contenía medidas políticas, describía actos criminales, garantizaba la paz, restablecía cultos y se elegía a Ciro como Rey de Babilonia. Respecto del Código Hammurabi, es preciso señalar que se deduce la inmutabilidad de la norma escrita.

4 La Paz de Westfalia puso fin a la guerra de los Treinta años entre España y Alemania, y en este tratado de capital jurídico sobre todo para el derecho internacional público se desprenden los principios de soberanía, no intervención y libertad de culto religioso.

estableciendo la forma de ejercicio del poder público en tres niveles de gobierno y la facultad de que los jueces como parte del gobierno revisen los actos legislativos para determinar su apego a la Constitución[5].

El auge de la doctrina natural establece a través de Rousseau, Locke y Hobbes, la configuración de una sociedad igualitaria en la que los hombres se unen para subsistir, para buscar soluciones colectivas, para desarrollarse, y cuidarse y que por ello delegan su poder individual a un poder estatal soberano al que se subordinan para siempre, pero ese poder estaba limitado por la voluntad de los hombres no pudiendo ir más allá de la misma ni atentar contra la libertad natural que tenían y de la que han dado en parte a la voluntad estatal.

A partir de estas concepciones surgen en la época controversias doctrinales respecto del contenido esencial de una Constitución, pues se había gestado ya una estructura teórica basada en el estudio de las incipientes normas constitucionales; sin embargo, era normal la falta de ciertos derechos y la identificación de otros más en textos diversos, pero el punto de contradicción consistió en la búsqueda de un equilibrio, en el que existiera al mismo tiempo libertad y respeto a los derechos naturales de los ciudadanos, pues tanto la monarquía como la democracia pueden tener matices despóticos por ello se determinó que la Constitución Inglesa fue la más apropiada para su época bajo el principio de pesos y contrapesos de los poderes públicos.

---

[5] La amenaza real que una Constitución plantea a la democracia es más profunda, y no tiene nada que ver con el hecho de que los jueces no sean elegidos. Sabemos que en las complejas democracias representativas la voluntad de la mayoría no puede gobernar siempre. Pero normalmente aceptamos que en una democracia la mayoría *debería* gobernar; creemos que a pesar de que son necesarias en la práctica, las estructuras institucionales que aíslan de la opinión popular a los funcionarios, son también indeseables en principio. Pero cuando las constituciones establecen límites al poder de la mayoría, aquella suposición democrática es dejada de lado: *no* se pretende, entonces, que las decisiones reflejen la voluntad de la mayoría. Todo funcionario jura lealtad a la Constitución y, por ello, tiene la responsabilidad de desafiar la voluntad popular cuando las garantías constitucionales están en juego. Pero esa responsabilidad es más vívida cuando se solicita a los jueces que evalúen las leyes promulgadas previamente; esto es, tácitamente consideradas constitucionales por otros funcionarios.

En síntesis la concepción moderna del término Constitución bajo el movimiento constitucionalista (doctrinalmente hablando) tuvo 4 fases fundamentales a saber: la primera conformada con el movimiento revolucionario donde se concibe a la constitución como instrumento que especifica y garantiza los derechos del hombre, la segunda bajo la soberanía parlamentaria, como ejemplo claro la constitución de Inglaterra y la tercera donde se suprime el poder monárquico y, finalmente la fase del constitucionalismo democrático en los que debe prevalecer el reconocimiento de los derechos fundamentales, la emanación del poder político del pueblo y la supremacía del texto constitucional, esta fase fue especialmente sustentada por la Teoría Alemana pues los elementos mínimos contenidos en una Constitución según refiere *Loewenstein* deben ser: 1. Diferenciación de tareas estatales y órganos del poder. 2. Frenos y contrapesos de dicho poder bajo el principio de cooperación de los poderes mediante el establecimiento de un método de reforma constitucional para la adaptación pacifica del orden fundamental a los cambios sociales y 3. El reconocimiento de los Derechos Fundamentales del ciudadano. De tal forma se llega a la primera conceptualización contemporánea de Constitución, que debe servir como mecanismo de limitación al poder y a los detentadores de ese poder[6].

III. Derechos fundamentales como contenido intangible de la constitución

El más próximo a los estudios de carácter jurídico diría que son derechos fundamentales aquellos que están consagrados en la Constitución.[7] Siendo esto cierto en parte, también es verdad que para cualquier observador resulta obvio que los derechos no han llegado ni automática ni magníficamente a los textos constitucionales. Los Derechos están allí por alguna razón.

Definir a un derecho Fundamental, no se trata, desde luego, de una cuestión sencilla. Como señala Carlos Bernal:

> El concepto de Derecho Fundamental es una de las nociones más controvertidas en la doctrina constitucional europea de finales

---

6 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución* (Alfredo Gallegos Anabitarte, Trad.) Barcelona, Ariel,1976, p 161.

7 Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Porrúa, 2009, p. 2.

> del segundo milenio y comienzos del tercero. Este concepto ha sido objeto de un sinnúmero de definiciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentúan ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica.[8]

Todo derecho fundamental está recogido en una «disposición de derecho fundamental», una disposición de ese tipo es un anunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que tipifican un derecho fundamental.[9] Las disposiciones de derecho fundamental están previstas en «*normas de derecho fundamental*», que son significados prescriptivos por medio de los cuales se indica que algo está ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental. Para decirlo en otras palabras, la disposición es un texto normativo que todavía no ha sido dotado de sentido, que todavía no ha sido interpretado, mientras que la norma sería el resultado de la interpretación del texto, que nos permitiría saber qué conductas están ordenadas, prohibidas o permitidas.

En términos generales, podemos decir que a partir de una norma de derecho fundamental se crea una relación jurídica compuesta por tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto de la relación. La calidad de los sujetos vendrá dada, de una parte, por la titularidad de los derechos que asigne una norma; así, por ejemplo, podrá ser sujeto activo del derecho a la educación toda persona, pero solamente lo será del derecho al voto quien sea mayor de 18 años y además posea la ciudadanía del Estado en el que reside habitualmente. De otra parte, la calidad de sujeto vendrá determinada también por el tipo de enunciado que la norma de derecho fundamental contenga; así, el derecho a la vida, por poner un ejemplo, podrá oponerse frente a todas las demás personas, con independencia de que sean particulares o autoridades, pero el derecho a un proceso judicial sin dilaciones solamente podrá oponerse a una autoridad, en tanto que los particulares no administran justicia.

---

8 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, p. 75.

9 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2002 (3ª reimpresión), p. 63.

Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son «todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar».[10] Ferrajoli aclara que por derecho subjetivo debe entenderse «cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica», mientras que por *status* debemos entender «la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de una idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas.»[11]

La teoría del derecho hay que distinguir, como lo ha explicado Robert Alexy, entre la universalidad con respecto a los destinatarios (obligados) de los derechos.[12] La primera consiste en que los derechos humanos son derechos que corresponden a todos los seres humanos», con independencia de un título adquisitivo.[13] Los destinatarios (en cuanto que obligados por los derechos) serían no solamente los derechos humanos en lo individual sino también los grupos y los Estados. Este último caso, de acuerdo con Alexy, hay que diferenciar los derechos humanos absolutos de los derechos humanos relativos; los primeros son los que se pueden oponer frente a todos los seres humanos, a todos los grupos y a todos los Estados, mientras que los segundos –los relativos- solamente son oponibles a, por lo menos, un ser humano, un grupo o un Estado.

---

10 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

11 Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, p. 291.

12 Alexy, Robert, *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático*, Derechos y Libertades, Madrid, núm. 8, enero-junio de 2000, pp. 24-26.

13 Alexy no acepta que pueda haber derechos de grupo, es decir, derechos que no sean asignados a cada uno de los seres humanos en lo individual, si bien reconoce que puedan existir «derechos de comunidad» o «de Estado» (derechos de tercera generación, derecho al desarrollo); tales derechos, sin embargo, no serían derechos humanos, con lo cual –reconoce el autor– se perdería la carga valorativo-positiva que tiene el término, pero se obtendría la ventaja «de aguzar la vista para que estos derechos no devengan en derechos de funcionarios.

Alexy pone como ejemplo de derechos humanos absolutos el derecho a la vida, que debe respetarse por todos; una muestra de derecho humano relativo frente al Estado sería el derecho al voto, el cual debe ser respetado por el Estado del cual el individuo forma parte; un caso de derecho humano relativo frente a un grupo sería el derecho de los niños a que sus familias les proporcionen asistencia y educación.

La razón de ello, es precisamente la búsqueda de protección para los derechos fundamentales y la dignidad humana, las cuales han encontrado un amplio desarrollo dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo el germen de dicha circunstancia la Declaración Universal de los derechos del hombre de 1948, ello involucró la creación de organismos protectores de derechos humanos y el desarrollo de legislación internacional en la materia, así como la ratificación del mismo por parte de los estados que se adhieran a dichos instrumentos. Dicho escenario infaliblemente implicaría en un momento determinado la adecuación del derecho doméstico, incluyendo a la constitución, a los estándares internacionales y muy por el contrario a lo que predomina dentro de la cultura constitucional, esto representa el auto reconocimiento de la norma constitucional en cuerpos normativos diversos e incluso internacionales[14].

Por ende, el predominio hacia la protección de los derechos humanos en el contexto del constitucionalismo globalizado, por una parte encuentra respaldo teórico a partir del iusnaturalismo[15], específicamente de la moral kantiana[16], luego entonces, dichas cláusulas de intangibilidad son similares

---

[14] Si se parte desde una óptica material e identificando a estos constructos normativos internacionales como desarrollo del contenido intangible de la constitución, puede incluso hablarse del control de convencionalidad como de un control constitucional con sede internacional, el logro del respeto a los contenidos fundamentales de la constitución por medio del ejercicio de órganos internacionales.

[15] Se configura como la corriente filosófica que aparece inicialmente y que domina intensamente por varias etapas de historia jurídica, para el iusnaturalismo, el derecho deriva de la esencia del hombre, y se materializa como la suma de potestades y prerrogativas inherentes o consustanciales al ser humano, identifica al verdadero derecho como intrínsecamente justo.

[16] Kant, Imanuel. «Fundamentación de la metafísica de las costumbres». Dentro del desarrollo del constitucionalismo moderno, la figura de Kant y sus constructos

en todos los ordenamientos constitucionales, al agotar en su contenido, de manera expresa o tácita, la mención de una protección irrestricta hacia la dignidad humana y por ende hacia los derechos humanos, de esta forma podemos hablar que acorde a los contenidos intangibles contemplados dentro de la ley fundamental, se puede hablar de la constitucionalidad de la constitución, y de contenidos constitucionales que tienen una categoría infra constitucional, todo ello sin dejar de lado la necesidad una validez normativa propia del positivismo jurídico.

IV. El control judicial de la constitucionalidad

En los países democráticos que tengan una Constitución escrita, que reconoce (entre otras cosas) una serie de derechos y libertades, y que goza de protección jurisdiccional frente a las leyes aprobadas por el Parlamento, la garantía jurisdiccional de los derechos y libertades frente al legislador puede organizarse de varias maneras. Simplificando mucho, puede distinguirse entre el «modelo americano», en el que todo juez reconocida la potestad de inaplicar las leyes que estime contrarias a la Constitución. En el modelo europeo, en el que sólo el tribunal especial –el Tribunal Constitucional- tiene competencia para pronunciar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de la ley.[17]

La institución de la justicia constitucional plantea una pregunta de cierta envergadura: ¿cómo justificar su existencia en una democracia? Si el principio democrático establece que las decisiones que afectan a la colectividad deben ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto, bajo las reglas de la mayoría; y si en la condiciones actuales de la modernidad ese principio abstracto se concreta en el establecimiento de un sistema representativo en el que un Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal toma decisiones por mayoría; entonces, ¿por qué debería someterse a las

epistémicos respecto de la dignidad humana, parecen haber tomado un papel relevante, al identificarse al hombre como un fin en sí mismo y no como instrumento de otros fines, concepción filosófica presente en las constituciones con mayor desarrollo en la actualidad, como es el caso de la alemana.

17 Ferreres, Víctor, «Justicia Constitucional y Democracia», en Carbonell Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos*, 4ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 247.

decisiones del Parlamento a un ulterior control judicial?. Desde el punto de vista del ideal democrático, parece que existe una «objeción» al control judicial de la ley (esta objeción suele denominarse «la dificultad contra-mayoritaria»)[18].

Una posible respuesta, es que la propia Constitución ha querido que las leyes se sometan a un control judicial. La legitimidad de la justicia constitucional deriva de la constitución, la cual es expresión de la voluntad popular, desde luego que debe partirse de la idea que los derechos que contempla la Constitución deben transmitir legitimidad democrática.

La actividad jurisdiccional ha cambiado mucho en los últimos años. Los grandes cambios sociales y las necesidades del positivismo formalista, no se perciben en el siglo XXI en una simple aplicación de una ley. En la actualidad las teorías contemporáneas, no conciben sólo al ordenamiento jurídico como un conjunto de mandatos vacíos, o estándares fijos, que un Juez debe aplicar casi de manera correcta y precisa, sino todo lo contrario. En un verdadero Estado Constitucional, todas las normatividades se encuentran inmersas de cierta carga de valores para que las interacciones que se generen dentro de un ordenamiento jurídico se resuelvan acorde a los principios, valores y fines insertos en la Constitución[19].

Hace algunas décadas, el juez, se debía ceñirse al rol de aplicador de la norma. En el presente, cuando se habla de un nuevo paradigma en los órganos jurisdiccionales, en el cual hablamos marcadamente del juez constitucional, el rol del juez resulta sustantivamente distinto. En la actualidad el Derecho es una ciencia y el juez defiende los derechos fundamentales en la percepción de que en el Estado existen más principios que reglas enunciadas, más ponderación que subsunción, no hay zonas exentas de control constitucional, se postula un arsenal plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica de la norma y finalmente el juez asume un rol prevalente frente al legislador.

---

[18] La expresión proviene de Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale Univerity Press, 1962, p. 16.

[19] Riccardo Guastini habla de la «*incompletud del Estado de Derecho*» para referirse a la desvinculación de los jueces respecto al principio de legalidad que se experimenta en el Estado Constitucional como efecto de su vinculación preferente a la constitución.

El siglo XXI, se comienza una nueva propuesta, en la vía control difuso el juez puede dejar sin efectos una ley si ésta colisiona con el principio de supremacía normativa de la Constitución. La interpretación del juez constitucional del siglo XXI, goza de preferencia frente al mecanismo de interpretación auténtica del legislador, dando un cambio sustancial y convirtiéndose en un extraordinario mecanismo de defensa de los derechos fundamentales. Existe notoriamente una diferencia entre ambos tipos de jueces en tanto el juzgador del frío silogismo, asume un rol marcadamente distinto respecto a la decisión a resolver y que hoy trabaja todo un capítulo en la argumentación constitucional, quitando las fortalezas de aquellas posiciones que postulan las libertades públicas subjetivas como derechos absolutos. Tenemos presente, en ese orden de ideas, que Gustavo Zagrebelsky no se equivocaba cuando aseveraba la ductibilidad de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho[20].

El paso del tiempo nos ha enseñado que el poder tiende a permear instituciones y sobre todo a degenerarse, dando por consiguiente y originando que existen gobiernos extremadamente autoritarios con fachada de Estados Constitucionales., partir de la idea que contar con una rigidez constitucional, que empiece a ejercer diferentes sentidos sobre el ordenamiento jurídico estatal no es suficiente. Para poder garantizar que el ordenamiento jurídico, debe y tiene que respetar los contenidos constitucionales, siempre debe de existir un proceso jurisdiccional en que se puedan presentarse la inconstitucionalidad de la legislación o de actos de autoridad, es decir, que la Constitución logre una verdadera regulación de las leyes, el actuar estatal y la relaciones sociales[21].

Muchos son los factores que no permiten una correcta justicia Constitucional. Un aspecto es el elemento legalista, esto es, aquella tesis que hace de la ley sea la única o, y en algunos casos, la suprema fuente del derecho.[22] El legalismo debe ser entendido en dos aspectos: primero,

---

20 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 57.

21 Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Carbonell, Miguel (ed.), México, UNAM-Fontamara, 2001, p.51.

22 Bobbio, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, 2ª ed., México, Fontamara, 2008, p. 89.

como un discurso descriptivo de la teoría del derecho y, en este sentido, será verdadero o falso según sea el sistema jurídico; por ejemplo, existió un legalismo que se desarrolló en la ciencia jurídica europea a lo largo del siglo XIX, en cambio, que en el siglo XXI pudiera sostenerse lo mismo que hace dos siglos, resultaría equivocado por la elemental razón, de que existe un modelo constitucional garantizado. En segundo lugar, el legalismo puede ser entendido como un discurso político o de filosofía política, es decir, como una proposición que postula la soberanía de la ley por reunir ésta una serie de condiciones que la hacen legítima; en especial, su fundamento democrático. Es un poco dudoso que, concebido en ésta segunda acepción el legalismo sea una tesis con fundamento; en cualquier situación, es aquí donde aparece un conflicto entre Constitución normativa o la justicia constitucional y los postulados del legislador.

Partimos de la idea que todo Juez debe buscar un equilibrio entre la necesidad de cambio y la necesidad de buscar la protección de derechos Fundamentales. La estabilidad sin cambio es degeneración, mientras que el cambio sin estabilidad es anarquía. La función de un Juez en un tribunal constitucional es ayudar a respetar los Derechos Fundamentales y lograr una correcta forma de garantizarlos.

En un Estado Constitucional el Juez debe garantizar los derechos de los seres humanos. El derecho va cambiando con el transcurso de la misma sociedad, o por lo menos es como debería ser, solo cuando está en movimiento, así también el derecho es estable sólo cuando está activo y vivo. Dentro ese Estado constitucional el Juez debe tomar en cuenta un amplio y complejo de factores y consideraciones. Dentro de esas consideraciones que se aplican a la vida del derecho, un Juez de un tribunal constitucional debe considerar: a) la coherencia del sistema en el que opera; b) los poderes y limitaciones de la institución del Poder Judicial como se define dentro de ese sistema; y c) la forma en que se percibe su función[23].

Se debe tener presente que todo Juez que desarrolla una actividad jurisdiccional no desempeña un acto individual aislado de su constitución y

---

[23] Prieto Sanchis, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 56.

sus principios, y su resolución debe ir apegada a los mismos. Por esta razón, los Jueces deben garantizar que sus resoluciones busquen un desarrollo gradual y natural. El cambio y transformación, en una resolución, generalmente debe ocurrir por evolución, no por revolución[24].

De lo anterior se puede establecer que, a medida que el Juez se ha ido constitucionalizando, es decir, asumiendo el papel que la Constitución le asigna[25]. Hago referencia que, a pesar de que se hace notar que el texto fundamental afirma su fuerza de normas, especialmente se hace mención respecto de los derechos fundamentales, la forma de cómo el paso del tiempo, en especial el pasado, y una mentalidad apegada a la ley y al reglamento, no fue reconocida inicialmente. Se escuchan de ese modo pronunciamientos que van invirtiendo el orden de lo establecido, haciendo fundar la voluntad del legislador a los preceptos de la Constitución.

La forma como hoy en día se comienza a interpretar y aplicar el derecho no consiste en determinar exclusivamente que se ha producido el hecho, sino que debe darse las circunstancias que la ley requiere. El juez siempre ha hecho algo más que subsumir el supuesto de hecho en la norma porque la interpreta y, es decir, con la interpretación crea una norma nueva[26].

En la actualidad la actividad jurisdiccional y su justificación de las resoluciones, tiene y debe existir siempre un margen de libertad en su aplicación, una posibilidad de opción entre sus diferentes sentidos. En la tiranía, y gobiernos inquisitivos, se alimenta de la idea de que el juez o el

---

24 *Ídem.*

25 El orden jurídico es el cuadro de las transformaciones jurídicas, no algo acabado o en reposo, y esto produce una serie de paradojas ya que la creación jurídica es constante y los jueces generan jurisprudencia. El proceso interpretativo genera un enunciado que a su vez deviene de la norma jurídica.

26 Uno de los elementos que resaltan en el proceso de consolidación del Estado democrático constitucional de derecho, que se desarrolla en la últimas décadas, es la universalización de la jurisdicción constitucional; cuya misión es la de ejercer el control de constitucionalidad resguardado que las disposiciones legales cumplan con las condiciones de validez formal y material. Que los órganos del poder constituido ejerzan sus funciones respetando el principio de separación de funciones o la distribución del ejercicio del poder político en su sentido vertical o territorial y en su sentido horizontal, y protegiendo los derechos humanos positivados en la Constitución.

legislador no tiene elección porque todo concepto (el Derecho es un conjunto de conceptos) es una invención a la que nada corresponde exactamente, pero a la que muchas cosas se parecen. La creación de un discurso maquillado, es el punto de referencia[27].

El órgano jurisdiccional, es decir, la actividad de los jueces, tiene como prioridad decidir con sujeción a parámetros normativos preexistentes y no disponibles, desarrollando una actividad sustentada en razones jurídicas. Por tanto, la actividad del juez, es una actividad reglada que no elimina el mínimo o el máximo de actuación libre, de opción entre los diversos sentidos de una misma palabra, porque las normas no son ideológicamente neutrales[28].

La interpretación que realizan los jueces, es una actividad en la que intervienen múltiples factores, objetivos y subjetivos. Interviene la propia formación del intérprete, del juez, con sus humores, sus emociones, sus sentimientos, factores compensados al ser, en ocasiones, una decisión colegiada. El juez debe pensar quién es y dónde está, o no piensa nada. Debe actuar y pensar sin dejar de lado sus tradiciones, su presente y su desaparición.

Dichos elementos que van con el juez, están en sus sentencias y sin ellos éstas resultarían ininteligibles. La elección es clara e imprescindible, las sentencias también están hechas con el cuerpo, porque todo hombre, y por tanto también el juez, debe saber que no puede ir más allá de su subjetividad, pero debe saber también controlarla, es decir, en lugar de dirigirse hacia lo meta-jurídico debe orientarse hacia lo intersubjetivo, o si se prefiere, hacia lo objetivo.

La transformación que ha vivido la sociedad, no deja sólo al derecho que buscan cerrar la brecha entre él y la sociedad. De ahí que la forma de interpretación, no es la misma de hace años, no se interpreta a las leyes hoy de la misma forma en que se interpretaban hace doscientos años o cien años o incluso cincuenta. En cualquier caso, la interpretación por excelencia la debe realizar el Juez, y mejor aún que la actividad jurisdiccional debe estar sustentado por los principios que desarrolla toda Constitución. De esta forma estaremos hablando de un verdadero Juez constitucional.

---

27 Prieto Sanchis, Luis, *op. cit.*, p, 56.

28 Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, (IIJ) UNAM, 2002, p. 192.

El Juez o tribunal constitucional, que en México es por excelencia nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, es de importancia que comience a precisar la perspectiva que guarda como tal, ante la Constitución y la naturaleza de su labor en la salvaguarda de esta ley suprema[29].

Como bien afirma Gustavo Zagrebelsky[30], se ha superado ya la idea de Montesquieu, para quien el Juez era la boca que decía las palabras de la ley, puesto que estamos en nueva etapa en la cual su función va más allá del texto positivo, poniéndose al servicio tanto de la ley como de la realidad, logrando que su interpretación busque la norma adecuada al caso concreto y al propio ordenamiento jurídico.

El propio Zagrebelsky nos explica que para llegar a éste equilibrio, el operador judicial dispone de métodos exegéticos, concebidos como expedientes argumentativos tendentes a demostrar que la regla extraída del ordenamiento jurídico es una regla posible y justificable. Dichos métodos interpretativos se caracterizan por dos notas: su variedad y la ausencia de una jerarquía entre los mismos.

La interpretación ha de guiarse por el intento de conciliar seguridad y justicia, es decir, la atención al caso concreto de acuerdo con criterios equitativos, a la vez que se consigue el respeto mayor posible al ordenamiento jurídico. Así se configura el Juez como el auténtico «señor del derecho» de nuestro tiempo (antes lo era el legislador), que debe armonizar el respeto a la ley; la protección de los derechos de los particulares, y la constante búsqueda de la justicia.

Ahora bien, la labor del Juez Constitucional es precisamente la justicia constitucional, que en palabras del mismo Zagrebelsky, resulta ser una institución o una función republicana que limita la democracia. Por ello, las instituciones judiciales no forman parte de las instituciones de la democracia[31].

---

29 El Estado democrático de derecho se reconoce en la actualidad mediante la conjunción de varios elementos jurídicamente aceptados a nivel internacional, entre los cuales, se encuentra la existencia de una norma suprema que en nuestro país está contemplada e la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

30 Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 41.

31 Citado por Manuel Núñez al reseñar la obra de Gustavo Zagrebelsky, *Principi e Voti*, en artículo de la Revista de Estudios Constitucionales, número 2, noviembre, vol. 4, del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, p. 730.

Para entender lo anterior, el único propósito de una Constitución es el de sustraer ciertas materias a las vicisitudes de las controversias políticas, para colocarlas fuera del alcance de mayorías y de funcionarios, y sancionarlas como principios legales aplicables por parte de los tribunales.

Es de todos conocido y abundantemente estudiado que le papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, se modificó con la reforma aprobada en 1994 y que entró en vigor en 1995. A partir de esa reforma, la justicia político constitucional, comenzó a definir las relaciones generales entre el derecho y la política, entre las instituciones jurídicas y las instituciones políticas.

Asimismo, los cambios en la situación política de nuestro país iniciados en el 2000 y los acontecimientos derivados de las últimas elecciones presidenciales, hacen necesario modificar aún más la actuación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, la decadencia del sistema político predominante en el país durante el 2000, el surgimiento en el poder de un nuevo partido político con principios diferentes al que veía detentado el poder y la continuidad lograda de ese instituto político, han modificado radicalmente la estructura del sistema político mexicano.

Puede decirse que el Estado democrático de derecho en el mundo contemporáneo está construido sobre cuatro elementos fundamentales: en primer lugar; la existencia de una Constitución como norma suprema; en segundo lugar, la democracia como régimen político; en tercer lugar, el goce y ejercicio de los derechos humanos; y en cuarto lugar, el control del poder, como sistema político constitucional que tiene por objeto impedir el abuso de quienes ejercen el poder estatal[32].

De lo anterior se desprende que, en la actualidad el Estado mexicano cumple cabalmente con los elementos necesarios para ser considerado, tanto por la doctrina como por los instrumentos jurídicos internacionales, como un Estado democrático de derecho. En este sentido se enfoca el reto y la perspectiva del juez constitucional, objeto de estudio en el presente

---

[32] Brewer-Carias, Allan, «Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Uruguay, Konrad-Adeneurs-Stiftung e.V, 2007, Tom. I, p. 63.

trabajo, al considerar que el fortalecimiento de nuestro tribunal constitucional como garante de la debida actuación de los demás poderes, contribuye a fortalecer el Estado democrático de derecho.

Al garantizar nuestro tribunal constitucional la debida actuación de los demás poderes, también debe velar porque los poderes mantengan su independencia ya que así también se busca con ello un verdadero Estado de derecho. Es aquí donde el papel de los jueces constitucionales adquiere enormes dimensiones ya que en caso de que los poderes excedan el ámbito de sus facultades, estarían lesionando seriamente el Estado democrático de derecho, por lo que nuestro tribunal constitucional debe garantizar que los demás poderes actúen conforme a derecho.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es pieza fundamental dentro de nuestro Estado democrático de derecho, ya que su desempeño garantiza la correcta integración de los elementos necesarios para la existencia del mismo al contar con las facultades legales necesarias para vigilar y exigir que los demás poderes de la unión actúen conforme a las facultades que les fueron otorgadas en la norma suprema.

Derivado de los cambios que se ha dado en los últimos años en el sistema político mexicano, el papel de nuestro tribunal constitucional debe fortalecerse cada día, ampliando el ámbito de sus resoluciones dentro de la norma fundamental, tal es el caso del reconocimiento que recientemente llevó a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Nación de revisar el procedimiento de una reforma constitucional para determinar la validez de ésta. Una correcta actuación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fortalece el Estado democrático de derecho en nuestro país.

V. Conjeturas

En el Estado Constitucional de derecho, se reconoce en la actualidad mediante la conjunción de varios elementos jurídicamente aceptados a nivel internacional, entre los cuales, se encuentra la existencia de una norma suprema, que en México está contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La constitución como texto está integrada básicamente por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos. En el Estado Constitucional de derecho debe existir un control del poder

que garantice el respeto a los límites de gestión de los Poderes, el desempeño independiente y autónomo de los mismos, por lo que en consecuencia se garantice la debida aplicación de la norma suprema.

De entre los elementos de la constitución en un Estado Constitucional, los derechos son, la pieza fundamental. Este modelo atribuye a los derechos el papel de ser la justificación más importante del Estado y por tanto, desde esta perspectiva, el Estado es un instrumento de tutela de los derechos fundamentales.

El Estado constitucional de Derecho es la orientación del Estado a la protección de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución.

Referencias Bibliográficas

Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

Bobbio, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, 2ª ed., México, Fontamara, 2008.

Camargo, Pedro, Pablo, *La dictadura Constitucional y la suspensión de derechos*, Bogotá, Fondo Rotario de la Universidad la Gran Colombia, textos, número. 5, 1975.

Carbonell Miguel (coord.), *Argumentación Jurídica, El juicio de ponderación y proporcionalidad*, 2ª ed., México, Porrúa, 2012.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Molina Suárez, Cesar de Jesús (coord.), «*El juez constitucional en el siglo XXI*», México, SCJN-IIJ-UNAM, 2009.

García de Enterria, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, España, Civitas, 2001.

Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Gascón Marina y Carbonell, Miguel (traduccs.), México, Porrúa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Carbonell, Miguel (ed.), México, UNAM-Fontamara, 2001.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución* (Alfredo Gallegos Anabitarte, Trad.), Barcelona, Ariel, 1976.

Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.

Prieto Sanchís, Luis, *El Constitucionalismo de los Derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, España, Trotta, 2013.

Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, (IIJ) UNAM, 2002.

Zambrano, María, *Personas y democracia*, Barcelona, Anthropos, 1998.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011.

El Derecho Constitucional Local y el modelo del Pluralismo Constitucional

Juan Francisco García Díaz

1.1 El Derecho constitucional local en el modelo del Estado constitucional contemporáneo

«Inminente», es el adjetivo calificativo que utilizaremos para enunciar la presencia –en mayor o menor grado– del Estado constitucional en el constitucionalismo local de muchos estados federados[1]; los cuales, en un afán de acceder a los inconmensurables beneficios implícitos en la buena ejecución y potencialización de dicho modelo, varios se han dado a la tarea de allegarse de diversas herramientas que les han permitido cumplir con los requerimientos necesarios en el proceso de concepción, asimilación y ejecución de dicho referido; el cual, hoy en día es considerado sumamente indispensable y casi impostergable para el progreso sistemático de cualquier nación –inmersa en el adagio neoliberal de lo tecnocrático y globalizador–[2].

La teoría constitucional emanada de dicho paradigma se ha enriquecido a través de relevantes estudios enfocados en el constitucionalismo local, en la reminiscencia de investigaciones que versan sobre *«gobiernos locales, congresos estaduales, medios de control constitucional local, relaciones entre el Estado y la federación, los sistemas de partidos en la localidad y su interacción con el sistema federal y finalmente los poderes facticos que pueden variar de un Estado a otro»*[3]. Así, la intención primordial es

---

1 Cfr. Häberle, P., «Comparación constitucional y cultural de los modelos federales», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, editorial Instituto Andaluz de Administración Pública, España (2007), pp. 171-188 [en línea], Dirección URL: http://www.ugr.es/~redce/REDCE8pdf/07PeterHABERLE.pdf, [consulta: 23 de Marzo de 2013].

2 Cfr. Ruipérez, J., «El constitucionalismo democrático en los tiempos de la Globalización», [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1555, p. 135 [consulta: 04 de abril de 2013].

3 Cfr. Prado Maillard, j. y Cantú egovia, E., «Enfoques de ingeniería política y constitucional; ¿hacia una nueva constitucionalidad local?,» en *«Democracia en el Estado constitucional (Nuevos enfoques y análisis)»*, Editorial Porrúa S.A., México, (2009), p. 190.

propiciar el entendimiento de sus implicaciones en todos los rubros de una configuración estatal.

Ahora bien, comenzaremos disponiendo de la siguiente aseveración: *«la estructura del Estado federal es parte integral del Estado constitucional»*[4], frase sumamente significativa no sólo por su concreción, sino por que alberga los primeros constructos doctrinales –y tal vez los de mayor trascendencia– para el desarrollo de este nuestro primer subtema, el cual se concretará al análisis enunciativo de dichas figuras: la primera –denominada Estado federal o federalismo– circunda en denotar una multiplicidad que cuenta con ámbitos o esferas competenciales no jerarquizadas y que constituyen un ente político general: *La concepción institucional del Estado federal se fundamenta en la pluralidad de centros de poder soberanos coordinados entre sí; de tal manera que al gobierno federal, competente respecto de todo el territorio de la Federación, se le confiere una cantidad mínima de poderes indispensables para garantizar la unidad política y económica, y los estados federados, competentes cada uno en su territorio, se le asignan casi siempre los poderes restantes*[5].

El Estado a través de la esfera federalista, se concibe como un ente de poder, fraccionado, el cual se mantiene disperso hasta que el constitucionalismo hace las veces de catalizador –cumpliendo con una función integradora–[6], generando así, aquellas directrices configurativas para la existencia de un poder político formal y ordenado, en donde el Derecho constitucional local desarrolla una labor indispensable fortaleciendo la diversidad interna de cualquier federalismo que se jacte de apológico, y cuya concepción circunde bajo una *«causa»* o *«finalidad»* esencial: la

---

4 Häberle, P., «El Estado Constitucional», serie doctrina jurídica, núm. 47 [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=14, p. 263 [consulta: 18 de abril de 2013].

5 Cárdenas Gracia, J., «Una Constitución para la democracia», serie estudios doctrinales, núm. 180 [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=46, p. 195 [consulta: 25 de abril de 2013].

6 Cfr. Estrada Michel, R., *op. cit.*, p. 156.

concreción de un verdadero Estado federado. *«Esta diversidad, vista como justificación del federalismo, está vinculada a otra, esto es, al autogobierno. Es más, el federalismo permite a los gobiernos locales regularse y tomar en cuenta las circunstancias particulares de cada unidad federada»*[7] –donde cada órgano, ejerce una parte de la potestad estatal comprendida como unidad y totalidad– y por ende, se yuxtapone a la enunciada *«parte integral»* de la segunda figura implícita –denominada Estado constitucional–.

Dicha descripción es acorde con la realidad de diversos modelos nacionales, sin embargo, deben considerarse las particularidades del caso mexicano, el cual ha desplegado atributos característicos –inherentes a su historiografía jurídico-política; que siendo el caso, podríamos remontarnos a las singulares resistencias al primer constitucionalismo mexicano–[8] que refieren a diversos elementos teóricos y prácticos que han ido evolucionando con la finalidad de adaptarse a las exigencias de la modernidad, principalmente, mediante la asimilación de tendencias emanadas de una imperante «*mundialización*»[9]; que invoca –en términos concisos y bajo los pormenores de de lo que algunos han denominado el *«nuevo federalismo*

---

7 Cfr. Gaudreault-Desbiens, J., «Federalismo y democracia», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, No. 117 (2006), pp. 671-691.

8 Cfr. Lorente Sarieña, M., «Las resistencias a la ley en el primer constitucionalismo mexicano», serie cuadernos del instituto, núm. 2 [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/133/15.pdf, pp. 299-327 [consulta: 02 de Mayo de 2013].

9 Díaz Müller enuncia que «la mundialización consiste en un proyecto ideológico de dimensiones complejas». Lo cual se apega a lo que diversos autores han llamado «proceso mundializador», que alberga una serie de modificación sustancial en la interrelación de los órdenes internacionales y a su vez, citando a Pierre de Senarclens, define la mundialización como «la búsqueda del equilibrio, sobre todo en tiempos tormentosos, constituye la pretensión máxima de un sistema internacional y mundial. Los autores suelen afirmar que existen tres modelos de orden internacional: el orden por el imperio, el orden por el equilibrio el orden por la democracia». Véase Díaz Müller, L., «Mundialización: los restos del naufragio», [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2897/9.pdf, pp. 147-158 [consulta: 19 de Mayo de 2013].

judicial»– la reconcentración o reunificación de las características del federalismo a la luz del Estado Constitucional –en el cual se han formulado diversos cimientos post modernistas que hoy en día fomentan y convalidan el protagonismo de los jueces estatales como los principales operadores de la obra contemporánea–.

Máxime que el Derecho constitucional local en el modelo del Estado constitucional refleja la revalorización del ámbito local, es importante especificar que lo local se ha ido dotando de cualidades que le han permitido la consolidación de mejoras sustanciales en los diversos atributos competenciales-jurisdiccionales, y por lo tanto, es digno de enunciarse que dicho ámbito –llámese entidad federativa, comunidad autónoma, provincia o región–[10] ha adquirido una gran prevalencia donde dicha asignatura ha sido el continente de insignes premisas y demás contenidos enfocados –en su mayoría– al entendimiento y perfeccionamiento del modelo federal; a través de un conocimiento que hoy en día retoma su camino y se involucra en los aspectos más elementales que nos conducen a aquella innegable cercanía existente entre las potestades de los gobiernos estatales y los deberes y necesidades de los ciudadanos de sus respectivos territorios –hablamos del apego institucional, de la estreches entre el núcleo poblacional y el poder público local que se pone en manifiesto mediante un trato directo, más intimo entre gobernantes y gobernados–.

En el Estado mexicano como federación, se cuenta con elementos intrínsecos, relativos a su potestad constitucional para la coordinación y armonización de las entidades federativas –mismas que fungen como las partes esenciales de un todo–; dicha concepción se desarrolla a la luz de una serie de facultades competenciales ya sean *«implícitas, explicitas, coincidentes o concurrentes»*[11], lo cual nos permite vislumbrar un alcance potestativo en donde la federación no tiene mayor poder sobre los estados fuera de dichas atribuciones constitucionalmente reguladas; hablamos de factores netamente colaborativos en donde los ámbitos competenciales

---

10 Uribe Arzate, e. y Montes de Oca, A., *op. cit.*, p. 267.

11 Cfr. Carbonell Sánchez, M., «El Estado federal en la Constitución mexicana: una introducción a su problemática», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, No. 91 (2012), pp. 87-91.

interactúan en función de permitir la subsistencia y progreso de un federalismo visiblemente centralizado. Ahora bien, fuera de dicha clasificación y en función de la denominada *«descentralización política»*[12]; implícita por antonomasia federal en todos los estados pero maximizada en algunas de estas entidades federativas, se traduce, propiamente, en un estatus de *«autonomía estatal»* diverso de la denominación *«entidades libres y soberanas»* –referente a la facultad de autodeterminarse por cuanto hace a su régimen interno–[13], la cual consagra que cada Estado cuenta con la capacidad de erigir sus propias configuraciones constitucionales estatales con la salvedad de no ir en contra de los designios previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las cuales hasta hoy se han estructurado importantes reformas con la finalidad de fortalecer las instituciones locales y brindar mayor certeza jurídica, lo cual se convierte, invariablemente, en avances significativos federalismo nacional y por ende en la calidad de vida de sus habitantes.

En perspectiva, contemplar el desarrollo, la operación y alcance del constitucionalismo local mexicano –desde su reciente apego a lo que se podría considerar el primer boceto estadual que involucra características elementales del esquema constitucional y democrático de Derecho–[14] nos remite forzosamente a lo acontecido en el territorio mexicano durante las últimas dos décadas, en donde la constitucionalidad de los estados ha sido objeto de una gran cantidad de estudios versátiles y de cuyo contenido se derivan análisis que detallan aspectos esenciales del rubro; cito como ejemplo,

---

12 Cfr. Eugenio Alcaraz, A., «Nuevo federalismo: fortalecimiento de la autonomía de las entidades federativas (impacto de la reforma federal electoral 2007 en el estado de Guerrero)», en *Justicia Electoral*, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial del la Federación, México, Vol. 01 (2010), pp. 370-375.

13 Cfr. García Ricci, D., «La soberanía estatal, la Constitución local y la justicia constitucional en los estados de la República mexicana», en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, No. 05 (2006), pp. 118-119.

14 Nos referimos a la multicitada asimilación de presupuestos institucionales que fomentan los novedosos estándares constitucionales del Estado contemporáneo; ya que a través de dicha influencia, concebida tanto en la investigación nacional como en la interacción internacional, ha sido posible enfatizar y consolidar las adecuaciones progresistas dentro de la constitucionalidad de diversas entidades mexicanas.

tópicos en los que se han detallado las ideas de doctos y demás involucrados en los menesteres constitucionales del orbe local o estatal, tal es el caso de publicaciones sobre *«federalismo renovado», «federalismo judicial humanista», «derechos fundamentales locales», «una nueva constitucionalidad local», «interpretación constitucional local», «Derecho procesal constitucional local», «justicia constitucional local»* –todos estos y en múltiples rubros–, entre otras y en donde los pronunciamientos especializados han sido el sustento para afirmar que el federalismo mexicano ha estado dando pasos firmes en la incesante búsqueda de alternativas doctrinales que incrementen su efectividad institucional; esto a través de una concepción normativa que ha acogido los principales esbozos del *«canon neoconstitucional»*[15] –Zagrebelsky, Dworkin, Alexy, Ferrajoli–, ya que, a través de su estudio han sido posibles las adecuaciones necesarias para la consolidación de cambios constitucionales paradigmáticos.

Las entidades federativas en un intento de enriquecer su constitucionalismo local, se dieron a la tarea de procurar –en mayor o menor medida, dependiendo de las singularidades de cada proyecto de reforma– su vinculación con los principios rectores del Estado constitucional; nos referimos a reestructuraciones en el contenido de las cartas locales, donde sustancialmente figura un reposicionamiento de los tribunales superiores de justicia, al ser los portavoces de principios tan primordiales como el *«pro homine»*[16] y el de *«democracia»*[17]. Es aquí donde la exégesis, invariablemente nos remite a las nuevas reconfiguraciones normativas que permean en las administraciones

---

15 Cfr. García Jaramillo, L., «Buenos tiempos para el neoconstitucionalismo (sobre la aparición del examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional)», en *Revista Vniversitas*, Bogotá, No. 20 (2010), p. 317. [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/120/cnt/cnt15.pdf, [consulta: 24 de Junio de 2013].

16 Cfr. Castilla, K., «El principio pro persona en la administración de justicia», en Revista *Cuestiones Constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México, No. 20 (2009), pp. 68-83.

17 Cfr. Córdova Vianello, L., «La democracia constitucional y el control de las reformas constitucionales», en *Publicaciones Electrónicas*, No. 01 (2011), pp. 212-215. [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2955/20.pdf, [consulta: 01 de Julio de 2013].

locales de justicia –mediante la confección y operación de controles que sirvan para cumplir y hacer cumplir el respeto a la dignidad humana y a la defensa de los derechos político-electorales de los habitantes de cada entidad federativa– y que han empezado a resquebrajar aquel constitucionalismo antiquísimo de índole reglamentario, esencialmente político.

Los diversos criterios académicos concuerdan en acentuar las causas y efectos –históricos y culturales– de esta nueva sinergia del constitucionalismo local que ha causado revuelo en muchos países repercutiendo profundamente en nuestra contemporaneidad, lo cual se traduce en la repetición, o mejor dicho en la adopción de una defensa constitucional, concebida en los aciertos de aquellas naciones que han trabajado ávidamente en la defensa de sus respectivas «*ingenierías constitucionales*»[18] y las cuales han destacando por su amplio bagaje institucional. En este contexto, los poderes constituidos o ministerios de Estado tienen una gran responsabilidad; las *«partes del todo»* deben adentrarse en las complicaciones y exigencias del estudio reflexivo de las circunstancias jurídico-políticas del cualquier paradigma que nos invite a reflexionar sobre la necesidad de un federalismo más competente, que detone el reacomodo y la potencialización de los elementos primigenios de cualquier Estado federado.

En el caso específico del Estado mexicano, entidades federativas han desarrollado y consolidado proyectos de reforma constitucional, incorporando al texto de sus normas supremas: conceptos e instrumentos que en buena medida ayudan a enriquecer y mejorar las condiciones de vida de los que habitan en cada circunscripción política.

El primer modelo local que albergó la visión del Estado constitucional data del año 2000 y fue instaurado por el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave[19], el cual fructificó al desatar las inquietudes de otras entidades

---

[18] Cfr. Flores Mendoza, I., «Reflexión sobre la defensa y la ingeniería constitucional en México», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, No. 93 (1998), pp. 611-637.

[19] Cfr. Astudillo Reyes, C., «Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas», serie Doctrina Jurídica, núm. 173 (2004) [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1326, pp. 59-65 [consulta: 08 de Julio de 2013].

federativas que con posterioridad y sin dilación alguna empezaron a trabajar en la implementación de sus respectivos modelos constitucionales sui generis, en donde, a pesar de sus singularidades y diferencias, todos comulgan enfáticamente en reivindicar la potestad y el superposicionamiento de las constituciones locales a través de una innegable prevalencia humanista –para la concreción del ideal constitucional–[20], enmarcada en su irrestricto acatamiento y a favor de la supremacía constitucional.

Evidenciamos la presencia del Estado constitucional en el territorio nacional, específicamente a través de las configuraciones constitucionales estaduales que desde su origen han propugnado por el perfeccionamiento de los ideales de justicia y equidad, con el establecimiento de bocetos integrales de desarrollo constitucional, los cuales por lo general han sido alojados programáticamente en sus respectivos aparatos legislativos y ejecutivos pero principalmente en las labores de los aparatos judiciales; que han trabajado arduamente en la consolidación de los constructos que no sólo están relacionados con el esquema de complejidades doctrinales procedentes del nuevo paradigma estatal, sino que de a través de su implementación, de sus singularidades llevadas a la práctica y de la experimentación coyuntural emanada de dichas adopciones –en las que se procuran diversas adaptaciones de naturaleza *«social»*, *«cooperativa»*, *«humanista»* y *«democrática»*–[21] es que se percibe una mejora en la cultura constitucional mexicana –que oscila entre la intempestiva concepción de normatividades progresistas y el evidente atraso sociocultural en el proceso de asimilación de las mismas y que intentan incoar en la idiosincrasia del pueblo mexicano la preeminencia de vivir en Constitución–.

---

[20] Cfr. Herrera Llanos, W., «Humanismo como concreción del ideal constitucional», en *Revista de Derecho*, núm. 23 (2005), pp. 88-96 [en línea], Colombia, Universidad del Norte, Dirección: http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2535/1658, [consulta: 17 de Julio de 2013].

[21] Cfr. Valadés, D., «Problemas constitucionales del Estado de Derecho», serie *Estudios Jurídicos*, núm. 69 (2002) [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=223, pp. 7-19 [consulta: 03 de agosto de 2013].

Cabe señalar que en la última década y en el marco de ciertos procesos y sentencias supranacionales[22], la comunidad nacional e internacional ha presenciado las terribles deficiencias institucionales de todo nuestro aparato gubernamental, lo cual forzosamente y en función del presente estudio, debemos remitirnos a las cuestiones primigenias, específicamente; las fallas sistémicas gestadas en diferentes entidades federativas[23] que han evidenciado la imperante necesidad de que se transite hacia las bondades del Estado constitucional –hoy en día, ínfimamente incorporado en el texto constitucional de algunas entidades federativas–, ya que, creemos que es posible el saneamiento del sistema nacional mediante acciones paulatinas, fehacientes y ordenadas implementadas con un objetivo primordial: confrontar con firmeza los antiquísimos vicios de ineficiencia e ineficacia enzarzados en ámbitos políticos y judiciales.

En la reminiscencia de nuestro complejo devenir histórico, que como ya se ha expuesto, está representado en un federalismo mal ejecutado desde su concepción, y que se hace acompañar de un constitucionalismo incomprendido desde su gestación; lo cual se manifiesta en excesos de poder, disfunción institucional, desigualdad social, entre otros malestares significativos que han mermado sustancialmente el progreso del Estado mexicano desde su origen hasta nuestros días. Consideramos que las entidades federativas que ya han consolidado ínfimos –pero no por eso menos importantes– avances a la luz del Estado constitucional, deben, categóricamente, alejarse de cualquier estancamiento que fomente más zozobra en el institucionalismo nacional, por lo tanto, consideramos por

---

[22] Véase los siguientes casos enarbolados en el ámbito internacional a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *1. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, 2. Caso González y Otras (Campo Algodonero) vs. México, 3. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 4. Caso Castañeda Gutman vs. México, 5. Caso Fernández Ortega y Otros vs. México, Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México.*

[23] El estado de Guerrero («Caso Radilla Pacheco», «Caso Rosendo Cantú y Otra», «Caso Cabrera y Montiel Flores» y «Caso Fernández Ortega y Otros) y el estado de Chihuahua («Caso González y Otras»). Sin embargo, debe considerarse que, si bien hablamos de dos entidades federativas mexicanas, también es importante señalar que ambos responden a idiosincrasias diferenciadas por razón de sus respectivas conformaciones socioculturales y ubicaciones geográficas.

demás urgente, el contemplar diferentes bocetos, doctrinas, postulados, etc. que contribuyan en la creación de un mejor proyecto de Estado, con la tenacidad requerida para el desarrollo de labores proactivas e incluyentes; un proyecto de Estado que resulte perseverante en el diseño y edificación de tendencias tan novedosas que logren una diferencia positiva y verdaderamente significativa en rubros estratégicos como la planeación, la instrumentalización y la ejecución del Estado constitucional y democrático de Derecho.

Como ya hemos comentado, el Estado constitucional requiere de las más elementales consideraciones políticas pero, sustancialmente, de las suficientes determinaciones constitucionales que permitan la concreción de su visión en la reminiscencia de una postura legalista más ecléctica –compuesta de apreciaciones iusnaturalistas y precisiones post positivistas–, ya que, enfatizamos que su adopción trae implícita una exigencia crucial; primeramente, el desarrollo de una *«cultura de la responsabilidad»*, misma que las naciones en vías de desarrollo deben de adecuar a través de una sistematización que permita la consolidación de dicha preeminencia en todos sus ámbitos de competencia; principalmente porque el éxito de cualquier proceso generado a la luz del Estado constitucional y democrático de Derecho depende, intrínsecamente, no sólo de un nivel especifico de legalidad que detone nuevos indicadores de *«crecimiento»* y *«progreso»* en todas las presunciones estadísticas sobre la calidad de vida de los ciudadanos, sino también de una verdadera consciencia constitucional que consolide una diferencia en la realidad nacional.

Las entidades federativas mexicanas a través sus diversas reconfiguraciones, están dando pasos importantes en el valeroso intento de consolidar toda una serie de mutaciones constitucionales[24] locales –inmersas en el ideal contemporáneo–; las cuales, por lo general han surgido de un dialogo efectivo en la materialización de una serie de

[24] Cfr. Da Silva, J., «Mutaciones constitucionales», en Revista *Cuestiones Constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. núm. 1 (1999) [en línea], México, Dirección: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/tes/tes1.htm, [consulta: 16 de agosto de 2013].

estructuraciones de carácter institucional. Indiscutiblemente, al versar sobre dicha evolución jurídico-política, no nos quema más que concebir una participación más elocuente de todos y cada uno de los implicados en el cumplimiento de aquel compromiso constitucional; en el que se despliegue una verdadera catarsis deontológica en todo el aparato constituido, pero sobre todo que haga posible un adoctrinamiento masivo de su cosmogonía legal humanista para el efectivo cumplimiento de dicha antonomasia.

1.2 El arquetipo de una Constitución red

Para poder articular una semblanza concreta y asertiva respecto del gran panorama que en este tema nos constriñe, consideramos sumamente indispensable el precisar dos constructos sustanciales vinculados al modelo de Constitución red: el primero de estos corresponde al *«Derecho comunitario»*, el cual no debe confundirse con el Derecho internacional, ya que éste último representa la convergencia normativa en la que los estados participes establecen interrelaciones regidas por disposiciones preponderantemente universales, propiamente de apertura general –común denominador de una sociedad internacional de coyunturas globales– y en cambio, en el ámbito de común –propiamente el de las *«normas comunitarias»*– predomina la naturaleza particular y la doctrina las divide en *«originarias»*[25] y *«derivadas»*[26] –ambas, creadas e implementadas por esas mismas sociedades regionales–, y a su vez, poseen una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los estados miembros y resultan circunscritas a dos principios que vertebran las relaciones entre el

---

[25] En el caso especifico de la Unión Europea véase el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, el Acta única Europea, el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Amsterdam, el Tratado de Niza, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cuando entre en vigor.

[26] Entre éstas destacan los Reglamentos, las Directivas y las Decisiones, las Recomendaciones y los Dictámenes, que no son vinculantes. Además, forman parte del derecho derivado de la Unión la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los acuerdos internacionales de la Unión, los convenios entre los Estados miembros, las resoluciones, declaraciones, conclusiones y comunicaciones interpretativas de la Comisión.

derecho comunitario y los derechos nacionales: *1) El principio de eficacia directa o de aplicabilidad inmediata, y 2) El principio de primacía*[27].

Es importante especificar de manera concisa, que el Derecho comunitario –por su propia naturaleza– resulta una coexistencia jurídica inmersa en una serie de apreciaciones de Derecho internacional a través de su conformación y de sus respectivos ámbitos de validez: «*(…) la coexistencia de lo jurídico general y lo jurídico regional o particular; debe afirmarse seguidamente que ello no supone la existencia de dos tipos de Derecho internacional, sino la presencia de dos clases de reglas. Atendiendo al número de destinatarios de las normas, éstas pueden ser generales o particulares. Las primeras son predicables de todos los Estados por haberse formado gracias al consensus de éstos. Las segundas, por el contrario, tienen un destinatario particular, pues son aplicables a un grupo perfectamente determinado e individualizado*»[28].

He aquí con mayor claridad la distinción entre ambos ordenamientos y al mismo tiempo su innegable simbiótica al constituir disposiciones paralelas dentro de la teoría del derecho comunitario, misma que se caracteriza por una heterogeneidad objeto de particularismos que, invariablemente reflejan una tendencia subclasificadora del Derecho internacional público –en donde, indudablemente, el multicitado término *«coexistencia»* sigue encumbrándose de tal manera que, los ámbitos de validez ya no pueden concebirse sin su connotación y en función de la inminente paridad política-jurídica–. Habiendo señalado las principales distinciones y encuentros del Derecho internacional con el Derecho comunitario, consideramos prudente el empezar a ocuparse, de igual manera con el boceto comunitario, pero ahora en función de sus progenies constitucionales como dadoras de vida institucional y de todo lo esencial del Estado contemporáneo; incluyendo la prospección pluralista

---

[27] Cfr. Fernández Segado, F., «El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello», en Revista *Cuestiones Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México. México, No. 13 (2005), p. 59. Dirección: http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/13/ard/ard2.pdf [consulta: 01 de Septiembre de 2013].

[28] Cfr. Psarou, M., «Regionalización y formación de sociedades supranacionales: El paradigma de la Unión Europea», en Revista mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, No. 194 (2005), pp. 55-77.

que ha servido para el posicionamiento de las distinciones doctrinales previamente comentadas –verbigracia de esta nueva apología de procesos sociales de integración regional, conocidos hoy en día como entidades supranacionales–[29].

Antes de abordar las especificidades más relevantes del modelo constitucional en red y con la finalidad de obtener una mejor incursión epistemológica, proseguiremos con el segundo tópico a tratar que también es parte del constitucionalismo postmoderno: el *«pluralismo constitucional»*[30] representa una locución doctrinal por demás ecléctica, ya que engloba los significados y supuestos teóricos que nos ayudarán a comprender el por qué de la necesidad de un modelo realmente efectivo; que no sólo sirva de interconector constitucional, sino también de dispersor de la grandeza cultural de aquellas naciones que fomentan el desarrollo de sus pueblos mediante proyectos nacionales –ya sea de ingeniería legislativa o judicial– que bien podrían ser elevados a rango comunitario –para su difusión e instauración interestatal y/o supraestatal– con la finalidad de fomentar los ideales humanistas del *«Estado constitucional cooperativo»*[31].

El primer elemento conformador pluralismo social como, brinda unificación al fomentar la institucionalización de un nuevo orden, con apego a disposiciones de Derecho comunitario que representan la edificación de potestades que rompen con el adoctrinamiento clásico del Estado-nación y va más allá de cualquier doctrina monista o estrictamente dualista de Derecho internacional, ya que como nos comenta Nogueira Alcalá: «*La oposición por razones de las fuentes y del contenido entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, calificada como dualismo o pluralismo, hace convivir al Derecho internacional con tantos ordenamientos jurídicos como estados existan en las relaciones*

---

29 Cfr. Acosta Estévez, J., «La interdependencia del Derecho internacional y del Derecho comunitario europeo», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México, Vol. 5 (2005), p. 16.

30 Cfr. Nuñez A., M., «Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional», en *Revista Chilena de Derecho*. Chile, Vol. 31, No. 1 (2004), pp. 115-136.

31 Cfr. Häberle, P., «El Estado Constitucional», *op. cit., Supra,* pp. 68-77.

internacionales»[32]. Lo que nos permite corroborar que de dichas convivencias surge la brillantez de toda una adminiculación sistematizada; una correlación que se encuentra claramente determinada bajo los lineamientos del Estado contemporáneo como su principal eje progresista.

El pluralismo constitucional tiende a ofertar una restructuración y el mejor de los pronunciamientos ante cualquier disidencia –entre lo nacional y lo comunitario– dimanada de esa misma pluralidad internacional. Balaguer Callejón nos habla respecto de las consecuencias de dicha escisión, especificando que: *La articulación del pluralismo, mediante la canalización del conflicto social y político no se realiza ya que en el plano interno, a través de las contraposición entre mayorías y minorías, sino en el plano internacional. (…) Se genera así una escisión fundacional entre lo europeo y lo nacional cuya finalidad esencial será la de mantener a una ciudadanía alejada del espacio público europeo, prolongando el carácter genéticamente impermeable a la democracia, al pluralismo y al conflicto social del proceso de integración europea*[33]. De dicha apreciación se puede constatar la necesidad de atender la debida articulación entre las cartas magnas cofundantes del ente constituido; generándose así, por su propia naturaleza, una clara recomposición en el desarrollo de las actividades interestatales donde se pueda enmendar cualquier escisión entre lo nacional y lo supranacional. Es en este punto, precisamos que las normas fundamentales de todos los estados participes, bajo un *«constitucionalismo en red»* podrían desarrollar una labor sumamente relevante en la regulación de la actividad comunitaria de toda una *«Europa meta estatal»*[34] inmersa en una serie de

---

[32] Nogueira Alcalá, H., «Constitución y Derecho internacional de los Derechos Humanos», serie G: *Estudios Jurídicos*, núm. 193 (1998) [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/30.pdf, p. 626 [consulta: 13 de agosto de 2013].

[33] Balaguer Callejón, F., «La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho constitucional europeo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, editorial Instituto Andaluz de Administración Pública, Año 7, No. 13, España (2010), pp. 189-208 [en línea], Dirección URL: http://www.ugr.es/~redce/REDCE13pdf/07FBalaguer.pdf, [consulta: 15 de agosto de 2013].

[34] Cfr. Häberle, P., «El proceso constitucional en Europa», en *Revista Pensamiento Constitucional*, Vol. 11, No. 11 (2005) [en línea], Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Dirección: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7692/7938, p. 481 [consulta: 17 de agosto de 2013].

insatisfacciones o escisiones propias de una integración analizada a detalle, en la que han surgido diversas doctrinas concebidas en función de mejorar la coordinación entre los actores del *«Derecho constitucional nacional de Europa»*[35] –intentos tan positivos como desafortunados, esto al no poder desapegarse del factor *«jerarquización»*–.

Es precisamente en esta arista, donde tenemos que aclarar que la presunta ausencia de jerarquización no denota la ausencia de supremacía –por razón de su indeterminación ante conflictos competenciales de gran calado–, sino que solo refleja la presunción de un sistema heterocompositivo lo suficientemente loable para desplegar una unión, pero que invariablemente expone discordancias sustantivas –relativas al apego e igualdad entre naciones tan culturalmente diversas como constitucionalmente dispersas–, que en estos términos, resultan implícitas en cualquier concepción académica o política de un pluralismo, que como se ha venido describiendo, invariablemente representa el resultado de una serie de progresiones, las cuales podemos traducir como aquellos acuerdos multilaterales suscritos con el afán de evolucionar, perfeccionar e intentar redimir aquellas averías ubicadas en las actividades de la Unión –como el tener que lidiar con las inclemencias operativas, estructurales, así como aquellas que en el desarrollo de su convivencia se vayan suscitando–.

El claro ejemplo de dicha progresión se radicalizó, enfáticamente, en el esquema macro-constitucional planteado en 2003 –el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en octubre del 2004 por los Jefes de Estado y de Gobierno–[36], en el cual se planteaba el ambicioso proyecto de *«Constitución continental»* que desafortunadamente no condensó por una serie de ambivalencias estructurales que fueron objeto de apreciaciones orientadas a su inviabilidad, sin que hasta el día de hoy se hayan subsanado, en su totalidad, las causales de su improcedencia –territorial, cultural, política, generalizada y sujeta a una ausencia de vigencia por tiempo indefinido–. Por lo que seis años después, se conjugó en 2009 la concreción de un proyecto a manera de «*tratado internacional*" –de cierta manera, ajeno al anteproyecto condensador, diverso del bosquejo

---

35 *Idem.*

36 *Véase el* proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

mismo que formalizaba una Constitución europea– dio el siguiente paso en la consolidación de la integración prospectiva de lo que conocemos hoy en día como la gran Unión: el Tratado de Lisboa[37].

Es importante precisar que tras entrada en vigor del Tratado de Lisboa –el cual ha servido en el proceso de integración y asimilación de una amalgama constitucional híbrido–, se ha intentado concebir una instrumentalización que ayude a revivir, esencialmente, el modelo primigenio de una Constitución europea, a lo que Kirchner señala en su análisis teorético:

> *The European Constitutional Impossibility Theorem has not been proved in a strict test. But it has been demonstrated that revisions of the European constitution are extremely costly. This fact is preventing any substantial Treaty revision in the future. The incentive for Member States to participate in a race for stricter ratification or quasiratification rules may lead to a situation, where impediments for Treaty revisions become insurmountable. If Member States or the European Commission should not just try to circumvent the Treaty revision provisions but ignore them and take recourse to unconstitutional activities and engage in de-facto revisions of the Treaty the price of legal uncertainty and weakening the rule of law would be tremendous endangering the European integration process as such*[38].

Es aquí donde podemos apreciar que los proyectos enfocados en erigir un pluralismo constitucional integral, exponen procesiones densas en cuanto a su asimilación –con múltiples complicaciones de muy diversas naturalezas–. Ya lo dice Orozco Lozano:

---

37 Cfr. Oreja Aguirre, M., «De la Constitución europea el Tratado de Lisboa», en *Anales de le Real Académica de Ciencias Morales y Políticas*, Año LX, No. 85, Curso académico 2007-2008, España (2008), pp. 449-464 [en línea], Dirección URL: http://www.racmyp.es/docs/ANALES85.pdf, [consulta: 22 de agosto de 2013].

38 Kirchner, C., «The european constitutional impossibility theorem», en *Travemünde Symposium on the economic analysis of law*, Institute of Law and Economics, *University* of *Hamburg*, *29 - 31 March* (2012), Direction: http://www.openeuropeberlin.de/Content/Documents/Kirchner-Impossibility-Theorem.pdf, p. 17 [consulta: 26 de agosto de 2013].

> *Aunque es innegable el desarrollo del derecho comunitario, ahora reforzado con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, todavía son incipientes las ideas relativas a la configuración de un anhelado pluralismo constitucional en el ámbito europeo, como antecedente de un Estado Federal Europeo. Es claro que estas ideas han tenido como punto de partida el carácter de primacía que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha otorgado al Derecho comunitario por sobre las disposiciones del ordenamiento interno de cada en Estado, en aquellas materias que han sido atribuidas o cedidas por los Estados a la unión*[39].

Así nos encontramos con un Tratado de Lisboa que desde anteproyecto y subsecuente concepción de vigencia, lidió con la diversificación de apreciaciones respecto de su contenido, tal es el caso de Alemania, quien en su momento se caracterizó por mostrar reticencia en la ratificación del mismo bajo argumentos de inconstitucionalidad respecto de la preservación de sus instituciones ante la conformación europea. Esto no resulto conveniente, ya que, ante dicho antagonismo, no se atendió a los mecanismos pactados –en el mismo tratado– para la resolución de cualquier controversia suscitada entre los que presiden la Unión. En esta tesitura, Bieber nos comparte:

> *The only way out of antagonisms in power-sharing systems is a mutual effort to reconcile diverging positions and the use of mechanisms provided for by the Treaty for the settlement of such conflicts. (…) Despite the clear mandate of the German Grundgesetz to contribute to the development of the European Union, the Court does not even care to contemplate the use of this instrument itself. The decision reveals a legally outdated and politically deplorable attitude towards the most original and successful constitutional invention of the 20th century*[40].

---

[39] Orozco Lozano, V., «El anhelado pluralismo constitucional en el ámbito europeo frente a la superioridad normativa de las constituciones de cada Estado», en *Revista Judicial* de la Escuela Judicial, No. 104, Costa Rica (2012), Dirección: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/ , p. 10 [consulta: 31 de agosto de 2013].

[40] Bieber, R., «An Association of Sovereign States», en *European Constitutional Law Review*, Vol. 5 (2009), Dirección: http://journals.cambridge.org, p. 406 [consulta: 09 de septiembre de 2013].

Y así, las diversas dificultades implícitas en una fusión transnacional-constitucional, relativa al concepto de pluralismo, habrían despertado la inquietud por un proyecto más integral, circulatorio y que fluya en contraposición de los diferentes déficits institucionales, como Somek apunta:

> *With the fusion of transnational constitutional law with practical problem solving experimentation easily transgresses jurisdictional bounds. According to republican theory, we would consequently run the risk of becoming the slaves of administrators. But maybe the republican persuasion does not represent how we conceive of our freedom. Maybe we are happy as long as there is reason to be confident that with the global ascendancy of free market liberalism the obstacles are going to be less rather than more. This would, in a shrouded way, reintroduce an ancient truth. The Constitution that you live under tells you something about who you are*[41].

Esto nos señala que, independientemente de las influencias políticas, las raíces constitucionales nacionales deben ser lo primordial en cualquier apego pluralista, ya que, en el desarrollo de una cultura colaborativa, no deben existir transgresiones soberanas –como observancias externas o absolutas– que pudiesen mermar la igualdad comunitaria. Anne Peters realiza el estudio conducente y especifica en su apartado de conclusiones: «*The new label given to these judicial practices and scholarly proposals is the label of pluralism. Pluralism here refers first of all to perspectives and denies the existence of an absolute external observation standpoint ('God's eye-view')*[42].

De igual manera, Peters enfatiza sobre la importancia de considerar la existencia de peldaños en una presunta «ausencia de jerarquización», ya que, se han suscitado conflictos relevantes en donde el pluralismo no ha desarrollado las precisiones idóneas que solucionen los choques del transito

---

41 Somek, A., «Transnational constitutional law: The normative question», en *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 3 (2009), Dirección: www.icl-journal.com, p. 149 [consulta: 10 de septiembre de 2013].

42 Peters, A., «Supremacy lost: International law meets domestic constitutional law», en *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 1 (2009), Dirección: www.icl-journal.com, p. 196 [consulta: 16 de septiembre de 2013].

multilateral –relativo a la existencia de distintas constituciones nacionales– o multidireccional –referente a una concertación irrestrictamente ascendente-descendente– y en donde al final, prevalece una primacía, generalmente, de *supra* a *infra*. En este punto, consideramos necesario retomar los aciertos del modelo que denota la supremacía constitucional de cada estado miembro, así como su potencialización ante cualquier embate competencial:

> *The plurality of perspectives is accompanied by a plurality of legal orders, a plurality of legal actors claiming ultimate authority, and a plurality of rules of conflict. In this intellectual framework, there is no legal rule to decide which norm should prevail, in other words there is no supremacy. There is also no legal rule to resolve the competing claims to authority raised by the international and the domestic constitutional actors. Different legal actors, for example courts, necessarily belong to one of the various orders, therefore necessarily speak from their own perspective, and can only apply a rule of priority residing in their own legal system*[43].

Es aquí donde nos abocáremos al modelo principal que nos ocupa, abriendo nuestra temática central especificando que cualquier *«prototipo en red»* representa, por excelencia, una proyección orgánica compuesta: en donde dos o más entes conforman una dinámica de interconectividad fundamentalmente sistematizada. Dicha proyección –desde la óptica constitucional de los estados-nación–, como ya se ha comentado, surge de la gran disyuntiva de cómo potencializar y a su vez conseguir el engranaje ideal de cualquiera de las teorías emanadas del comunitarismo jurídico, llámense: *«pluralismo constitucional»*, *«supranacionalidad»*[44], *«metaconstitucionalismo»*[45] *«constitucionalismo multinivel*[46] o

---

43 *Idem.*

44 Cfr. Von Bogdandy, A., «Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público comparado, supranacional e internacional», *op. cit.*, p. 124.

45 Cfr. Walker, N., «The Idea of Constitutional Pluralism», *op. cit.*, p. 357.

46 Cfr. Pernice, I., «El constitucionalismo multinivel en la Unión europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, editorial Instituto Andaluz de Administración Pública, Año 9, No. 17, España (2012), pp. 639-671 [en línea], Dirección URL: http://www.ugr.es/~redce/REDCE17pdf/17_pernice.pdf, [consulta: 15 de agosto de 2013].

«Constitución red»[47] que independientemente de la denominación, lo realmente relevante es el hecho de preservar las virtudes de todas las facetas del constitucionalismo de toda Europa: «*Moreover, they fly in the face of what has been a genuine achievement of the EU – the bringing together of the peoples of Europe in ways that promotes cooperation without abolishing their differences. The Constitution may be dead, but that gives us an opportunity to praise and give life to European constitutionalism by democratizing its essentially inter national foundations*»[48].

Derivado de la suma de todas estas denominaciones y facetas circundantes –relativas a tópicos de Derecho comunitario y demás apreciaciones de pluralidad constitucional– es que consideramos oportuno el ventilar la necesidad de una *«red interdispositiva»*[49] que pronuncie idoneidad; que catalice la productividad, desarrolle eficiencia, fomente progreso y aminore las actuales contingencias –por razón de jurisdicción, competencia o inclusive: culturización– entre las naciones intervinientes y que, como ya se ha apuntado, se requerirá, en cualquier concentración heterocompositiva –ya sea gubernamental, legal o constitucional– el constreñir nuevas alternativas de interdependencia y colaboración en donde las disparidades culturales, fomentan, esencialmente, el enriquecimiento a través de dichas complejidades:

> *Aceptar la complejidad en las formas de gobierno, finalmente, supone articular la diversidad y la fragmentación con mecanismos de coordinación o integración. Gobernar en un entorno complejo implica, con otras palabras, reconocer a los múltiples actores que conforman la red, aceptar su participación en las tareas de gobierno y gestionar las relaciones que se establecen entre ellos con el fin de provocar*

---

47 Cfr. Bustos Gisbert, R., «Integración y pluralismo de Constituciones», *op. cit.*, p. 156.

48 Bellamy, R., «The european Constitution is dead, long live european constitutionalism», en *Constellations*, Vol. 2 (2006), Dirección: http://www.constellationsjournal.org/, p. 188 [consulta: 19 de septiembre de 2013].

49 En la cual, esencialmente se promueve la convergencia de múltiples *«dispositivos constitucionales»* que a su vez y en razón de sus respectivas culturas, contienen *«disposiciones diversas»* de índole constitucional.

actuaciones integradas. El gobierno de la complejidad acepta la existencia de interacciones entre niveles, toma conciencia de las interdependencias entre actores, asume que lo importante es el contenido de las políticas y no la asignación de responsabilidades, percibe que los problemas tienen múltiples caras, y establece complicidades que permitan sumar recursos y estrategias de actuación. El gobierno de la complejidad, en definitiva, ya no es un contenedor de objetos estáticos, sino un flujo de contactos y relaciones que le permiten asimilar la flexibilidad y la apertura que han sustituido a la regularidad y el cierre de los átomos[50].

En conclusión, no podemos olvidar que la línea de nuestra investigación se sustenta en la prevalencia del multicitado boceto Estatal constitucional y democrático de Derecho, que como ya lo hemos insinuado, se encarga de admitir, fomentar y procurar el impulso de una gama de ideales que requieren de mejores alternativas de operatividad para su concreción y perfeccionamiento; enfatizando que su adminiculación al modelo de se estará en condiciones de fortalecer los aspectos benéficos y de potencializar los efectos directos de dichas normas comunitarias, mediante el sostenimiento de la tendencia al alza –integrativa-pluralista– y su mejoramiento a través de una composición homogénea.

---

[50] Brugué, Q., Gomà, R. y Subirats, J., «Gobernar ciudades y territorios en la sociedad de las redes», en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, No. 32 (2005), Venezuela, Dirección: http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/032-junio-2005/0051800 , pp. 7-8 [consulta: 22 de septiembre de 2013].

LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

GUSTAVO AGUILERA IZAGUIRRE

1.1. Introducción

La característica principal del Estado de Derecho es la existencia válida de sus normas jurídicas, así como la prolongación del orden que deriva de ellas. Una sociedad organizada política y jurídicamente con fines trascendentes, requiere que sus leyes anticipen una forma de gobierno, la estructura orgánica del mismo, la competencia de cada uno de esos órganos y las atribuciones de sus diferentes partes e integrantes para la consecución de los objetivos que le fijen dichas normas.

En nuestro sistema político, en donde todos participamos, o sea la voluntad general, elige y renueva de manera periódica algunas de las funciones que las leyes consideran de elección popular. Dichas normas que se aplican tanto a la elección como al gobierno son de índole público, porque todo lo relacionado con gobierno es de interés común, en cuanto a los fines que se persiguen, el orden que establecen y los sujetos que regulan. Así, el Derecho siendo creación humana, cumple los fines para los cuales lo crea la sociedad, que coincide con los del Estado: orden público, justicia y bien común.

Al Derecho Administrativo corresponde al ámbito del poder Ejecutivo, que se compone de normas que establecen la organización del Poder Ejecutivo; por ello la Administración Pública, que mantiene una constante interacción con la sociedad, no puede de ninguna manera tratarse de una organización fija e inalterable, sino que tiene que irse adaptando a las nuevas demandas de la sociedad y con ello mantenerse actualizado.

Por ese motivo la Sociedad, junto con el mismo Poder Ejecutivo y el Legislativo, que es el que lo provee de las leyes necesarias para el cumplimiento de sus funciones, tienen la responsabilidad de implicarse en los asuntos de gobierno y de observar su estricto apego a la Ley.

Para el desarrollo de nuestra investigación es importante, no solamente, definir lo que significa la Administración Pública; resulta importante además

establecer su naturaleza y determinar cuáles son los fines que persigue, además de la evolución de la Administración Pública con ello determinar si la buena administración existe en nuestro orden jurídico constitucional como derecho fundamental o como principio del mismo.

1.2. Concepto de Administración Pública

La Separación de funciones del Estado aparece ya en el Estado Absoluto. En el año 1749, en los tiempos de Federico II de Prusia, se inicia la distinción entre los asuntos de gobierno y los asuntos de justicia. Pero fue la Revolución Francesa la que consagro definitivamente la división de poderes que Montesquieu había preconizado en 1748. Así separado el poder judicial y el legislativo, el poder que quedaba en manos del monarca era el llamado poder o función ejecutivo[1].

La función ejecutiva llamada también de mando, es la más activa del Estado, la más intensa. La mayor parte de los fines estatales se alcanzan por esta vía y, en consecuencia la organización más grande, compleja y costosa de aquél se encuentra al servicio de esta función, que en época de crisis concentra todos los poderes.

Cuando se habla de poder ejecutivo se barajan dos conceptos en el incluidos, el de gobierno y el de administración, el correspondiente a la función pública y a la función administrativa. Porque a través de este poder se realizan la acción política, o actos de gobierno, al lado de otros actos referidos a la gestión de servicios públicos. Los primeros son los actos políticos, los segundos los actos administrativos. De ahí se deduce que la función de gobierno atiende a los intereses nacionales y la administrativa a los asuntos corrientes del público. En la actualidad las democracias modernas intentan separar en lo posible la actividad administrativa de la política, en el sentido de independizar la marcha de los servicios públicos de los asuntos de gobierno que preocupan a los partidos.

Para el inicio del presente trabajo de investigación, es importante antes que nada ver las diferentes definiciones de Administración Pública objeto de este estudio, atendiendo a las distintas disciplinas o enfoques principales de estudio como el jurídico, técnico o político.

---

[1] López Nieto, Francisco, *La administración Pública en España*, 1ª. ed., Barcelona, Ariel, 1989, p.265.

Podemos comenzar por preguntarnos ¿Qué es administrar?, y ¿Qué es administración en sentido genérico?; son cuestiones importantes que trataremos de precisar a continuación.

El vocablo administrar (administrare) encuentra su origen en las expresiones latinas ad: «a» y ministrare: «servir». Entre las distintas acepciones que tiene este vocablo se encuentran las siguientes: «gobernar, regir, aplicar», además del de «servir o ejercer algún ministerio o empleo». Asimismo puede significar «suministrar», vocablo que proviene del latín suministrare y que significa: «proveer a uno de algo que necesita»[2].

La palabra Administración reúne significados diferentes que lo hacen un término ambiguo, así por ejemplo podemos señalar que la administración es la organización ordenada a la gestión de los servicios y a la ejecución de las leyes en una esfera política determinada, con independencia del poder legislativo y el poder judicial ó el conjunto de organismos encargados de cumplir esta función, es decir el conjunto de personas con una mandato de gobierno público o privado quienes componen los órganos de gobierno ya sea como instituciones (administración municipal, provincial, etc.) ya sea como especifica coalición política, en el caso de una administración pública, o el consejo de administración, en el caso de una sociedad privada y el conjunto de organizaciones públicas que gestionan un sector de actividades, o sea, los aparatos administrativos públicos al servicio del poder ejecutivo, como ministerios, consejerías o departamentos de un ente local o una región[3].

Otra de las definiciones más conocidas de la administración pública que si bien, tuvo mucha difusión por su sencillez, no constituye una definición suficientemente explicativa, al referirse a ella como «el gobierno en acción». Por ello un concepto más elaborado tomando en cuenta las anteriores definiciones

---

[2] El concepto de administración es multivoco y por ello conduce a confusiones plenamente justificadas pues este término ha sido estudiado atendiendo a su etimología o a su caso común y corriente. En este caso desde este punto de vista, administración nos da la idea de servicio, de realizar algo en relación a un fin. En uso común y corriente, administrar significa cuidar, proteger, fomentar, atender, proporcionar o conservar algo. Martínez Vera, Rogelio, *Nociones de Derecho Administrativo*, Banca y Comercio, México 1972.

[3] Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda ed., Madrid, 2001.

es la de establecer que la administración es la parte del estado encargada de dotar a la sociedad de servicios públicos así como dirigirla políticamente. Se puede entender a la administración pública como el brazo ejecutor de las tareas de gobierno. En esta definición no hay que ver una separación tajante entre política y administración pública sino por el contrario, estas vertientes son parte del mismo proceso general del ejercicio gubernamental.

En este caso que hablamos de muchas de las acepciones, si podemos concluir que la administración es la acción organizativa que se da para conseguir determinados fines mediante el empleo de ciertos instrumentos. En este sentido genérico, podemos decir que este fenómeno puede presentarse tanto en el terreno individual (humano y animal) así como en el colectivo (público o privado). Esa es la razón por la que se ha llegado a considerar que la administración es el medio esencial del hombre para organizar su vida y planear su desarrollo. Así el hombre se organiza para vivir y alcanzar determinados propósitos y mediante el uso de ciertos medios se esfuerza para conseguirlos.

Este fenómeno administrativo humano colectivo puede dividirse a su vez en administración pública, social y privada. En este caso estamos en presencia de un fenómeno bastante complejo en el que pueden intervenir muy variadas disciplinas. En este caso solo me referiré al estudio de la administración pública como fenómeno organizacional humano colectivo público.

Establecimos que las nociones anteriores son referencias en sentido general acerca de lo significa la administración, ahora toca ver de manera más específica los conceptos de la administración pública, sin dejar de tomar en cuenta por así decirlo características antes señaladas en las definiciones anteriores.

El sujeto de derecho dotado de poder administrativo (el estado, la comunidad autónoma, el municipio) es una persona administrativa o administración pública. Los sujetos administrativos o administraciones públicas, determinan la existencia de un derecho específico para su regulación, que recibe el nombre de derecho administrativo. La actividad de dichos sujetos es administrativa o se le considera tal, por el simple hecho de proceder de ellos, y no por reunir especiales características[4].

---

[4] Bosquera Oliver, José María, *Derecho Administrativo*, 5ª ed., I vol., Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1985, pp. 55 y 56.

Desde el punto de vista de la teoría de la organización administrativa concibe a la administración pública como una organización; organización humana que tiende a la consecución de múltiples propósitos políticos, económicos y sociales a través del aprovechamiento eficiente y productivo de recursos disponibles y mediante la utilización e interacción de los diversas sistemas, procedimientos y mecanismos y recursos con que cuenta. Dicha organización tiene que ver con cuestiones sumamente importantes, como las siguientes: el proceso de toma de decisiones; la planeación y programación de actividades; el presupuesto; la administración eficiente de personal y de los recursos materiales y financieros; las técnicas de organización y métodos administrativos; la informática; la contabilidad; la evaluación y el control.

Como señala Parejo esencialmente la administración es una organización y un poder públicos, establecidos para servir con objetividad a los intereses generales. Se configura así un sujeto establecido por el orden constitucional para la realización de fines (los intereses generales) que no le son propios, mediante una actuación enteramente determinada por el derecho, para lo que se le dota de un conjunto de medios personales y materiales. En resumen, la administración, ante todo, es una organización conformada por un conjunto de medios personales y materiales, que tiene programada su actuación para garantizar la efectividad en el plano de la realidad de los valores, los bienes, etc.; en definitiva los objetivos consagrados y protegidos por el ordenamiento jurídico, sujeta en todo momento al Derecho Administrativo[5].

Carrillo Flores señala que la administración es la organización que tiene a su cargo la dirección y la gestión de los negocios estatales ordinarios dentro del marco de derecho, las exigencias de la técnica y orientación política. A su vez resulta interesante al destacar elementos del concepto tales como: como una acción humana planificada para la obtención de fines; una actividad continua en el desarrollo de dicha acción y la persistencia en el propósito; así como una jerarquización de valores y prioridades. Comprende así mismo elementos de carácter: a) técnico:

---

[5] Parejo Alfonso, Luciano, et al., *Manual de Derecho Administrativo*, 1 vol., 5ª ed., Madrid, Ariel, 1998.

sistemas mecanismos y procedimientos para administrar recursos y para elevar la eficiencia administrativa; b) Político: aplicación de políticas gubernamentales y administración gubernamental, y c) jurídico el derecho positivo regulador de la organización y funcionamiento de la administración pública[6].

Serra Rojas, por su parte opina que es una organización que tiene a su cargo la acción continua encaminada a la satisfacción de las necesidades de los interés público con elementos tales como: un personal técnico preparado; un patrimonio adecuado y mediante procedimientos administrativos idóneos o con el uso, en caso necesario, de la prerrogativas del poder público que aseguren el interés estatal y los derechos de los particulares[7]. En este mismo sentido coincide Bobbio[8] al establecer que la administración pública es la actividad que realizan los órganos del Estado para la satisfacción de intereses colectivos. Por lo tanto el fin primordial por el cual la administración pública justifica su existencia es el logro del interés colectivo.

Otros autores como Ríos Elizondo[9] señala que las administración Pública es la actividad coordinada, permanente y continua que realiza el Poder Ejecutivo, tendiente al logro, oportuno y cabal, de los fines del Estado, mediante la presentación directa de los servicios públicos, materiales y culturales, por lo cual dicho poder establece la organización y los métodos más adecuados, todo ello con arreglo a la Constitución, al Derecho Administrativo y criterios eminentemente prácticos.

La Administración Pública en sentido subjetivo hace referencia, al conjunto de sujetos a través de los cuales actúa. López-Nieto señala al respecto el estar de acuerdo en que la administración pública considerada desde el punto de vista subjetivo, no es solamente un conjunto ordenado de órganos que se integran en el poder ejecutivo y una serie de entes públicos menores encuadrados en él de manera indirecta. Todos ellos van a realizar, a través de sus titulares, que son

---

6 Carrillo Flores, Antonio, *Derecho Administrativo*, 11ª ed., México, 1966, p. 90.
7 Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 7ª ed., México, Porrúa, 1976.
8 Bobbio, Norberto, *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI, 1976.
9 Ríos Elizondo, Roberto, *El acto de gobierno*, Porrúa, México, 1975, p.365.

personas físicas, esa actividad de carácter heterogéneo, que han dado a llamar actividad administrativa[10].

Es decir, la administración pública es el elemento material llamado poder ejecutivo y su estructura orgánica, pero también la actividad como actos, omisiones y conductas que desarrolla ese elemento material a través de los servidores públicos legítimos y legalmente nombrados o designados que materializan lo que la Constitución y las leyes y reglamentos que emanan de ella, ordenan y disponen a efecto de no paralizar la función pública.

La Administración Pública es básicamente el lado administrativo del gobierno, una parte del ejecutivo, opuesto al poder legislativo y judicial. Así es referido ocasionalmente como el poder administrativo, indicando con este poder, como la capacidad de influenciar y tomar decisiones tanto de los administradores como de los políticos[11].

En el caso de México, en el Titulo III Capítulo III[12] que se refiere al poder ejecutivo. El cual señala que el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión, se depositará en un solo individuo, que se denominará Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

En lo que se refiere a la Administración Pública Federal en México, de ésta solo señala que será centralizada y paraestatal de acuerdo a la Ley Orgánica[13] que expide el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirán las

---

10 «…La administración pública se entiende, generalmente, como aquella parte del poder ejecutivo a cuyo cargo está la responsabilidad de desarrollar la función administrativa. De esta manera la administración pública puede entenderse desde dos puntos de vista, uno orgánico, que se refiere al órgano o conjunto de órganos estatales que desarrollan la función administrativa y desde el punto de vista formal o material, según el cual debe entenderse como la actividad que desempeña este órgano o conjunto de órganos». Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, 6ª ed., 1993.

11 Esta es una distinción que resulta difícil de distinguir exactamente los limites y las responsabilidades de los poderes de gobierno particularmente en el sistema Británico, en donde existe un grado de fusión de poderes. Corson and Harris, *Public Administration in Modern Society*, Mc Graw Hill, 1969, p. 1.

12 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Articulo 80.

13 Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Artículo 45.

bases generales de creación de la entidades paraestatales y la intervención del ejecutivo Federal en su operación.

En el caso de la Ley Orgánica antes mencionada es la llamada Ley Orgánica de la administración Pública Federal. Es esta Ley, la que reconoce la personalidad jurídica de las entidades paraestatales de la Administración Pública Federal en México, al señalar que son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propias, cualquiera que sea la estructura legal que adopten[14].

En el caso de México, la división de poderes queda plasmada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el Titulo Tercero Capitulo 1[15] que se refiere a la división de Poderes, el cual señala que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el articulo 29.En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgaran facultades extraordinarias para legislar.

1.3. Distinción Entre Administración y Gobierno

La Administración ejerce por deseo de la voluntad popular, el gobierno del conjunto de esa Administración[16]. El gobierno de una administración

---

[14] En el caso del derecho positivo mexicano no reconoce expresamente la personalidad jurídica de la administración a diferencia de otros países como en el caso de España. A partir de la Ley Orgánica de diciembre de 1976, empieza a configurar un todo armónico estructural y funcional, dicha ley establece que forman parte de la administración pública los organismos descentralizados, cuya característica principal es, precisamente, contar con personalidad jurídica, con mayor razón la tendrá el todo, que es el organismo general.

[15] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Articulo 49.

[16] La administración pública desde el punto de vista jurídico-formal es un órgano gubernamental del Estado ubicado dentro del llamado poder Ejecutivo, ya que este se integra con otro tipo de órganos, y además realiza funciones de diversa índole como las políticas y las jurisdiccionales que no encuadran propiamente en la función administrativa. La Doctrina y el Derecho positivo españoles distinguen

pública tiene una doble naturaleza: a) Naturaleza política; y b) Naturaleza administrativa como órgano superior de la administración.

El concepto de administración Pública puede distinguirse desde el punto de vista objetivo y subjetivo. Podía decirse que la Administración en sentido objetivo, es en la práctica el instrumento en manos del gobierno para plasmar en obras los ideales y los programas políticos. Una vez más señalarse que política y administración, aunque distintas, son actividades inesperables, porque como se ha llegado a decir. La administración en sentido objetivo, es una persona, persona jurídica como ente capaz de derecho y obligaciones distinto del hombre, como sujeto de derecho[17].

Desde el punto de vista objetivo la Administración es, pues una actividad del Estado que comprende parte de la actividad del llamado poder ejecutivo. El diccionario de la Real Academia española lo define, en este sentido, como una precisión extraordinaria, cuando dice que él la acción de gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y el fomento de los intereses públicos y al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado.

La Administración no es más que un instrumento, para la elaboración y materialización de sus políticas, esto es, para atender al interés general en la forma que desde su visión política. Así de acuerdo a lo dicho por Jellinek la Administración es el brazo ejecutor del gobierno que realiza la función más importante del Estado. López-Nieto[18] señala que la Administración es, en la práctica el instrumento en manos del Gobierno para plasmar en obras los ideales y los programas políticos. La actividad que realiza el Estado para el cumplimiento de sus fines.

---

ambas instituciones en las que señalan que dentro del Poder Ejecutivo se comprende también el Gobierno por lo que no pude establecerse una igualdad entre aquel y la Administración Pública. Entrena Cuesta, Rafael, «*El Concepto de la Administración Pública en la Doctrina y el Derecho Positivo Españoles*», *Administración Pública*, IEP, Madrid, 32, 1960, p.55.

17 La administración es una persona jurídica y no distinta a la del Estado. El hecho de que se hable siempre de personalidad de la Administración y no de la del Estado, obedece a que es la primera la que aparece como titular de sus bienes, la que dispone de ellos, la que responde civilmente por la gestión de los servicios, la que resulta demandada ante los tribunales.

18 López Nieto, Francisco, *La administración Pública en España*, 1ª. ed., Barcelona, Ariel, 1989, p. 265.

La Administración Pública desde el punto de vista formal es el organismo público que ha recibido del poder político la competencia y lo medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales. Desde el punto de vista material es la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares, para asegurar la ejecución de su misión.

La Administración ha sido definida como la toma de decisiones, planeación de trabajo para ser hecho, formulando objetivos y desafíos, estableciendo y revisando empleos, ejerciendo controles y otras funciones presentados por los gobiernos ejecutivos y supervisores. Esta es la parte acción del gobierno, el cual quiere decir que los retos y desafíos del gobierno son realizados[19].

La perspectiva abierta y dinámica del poder, ordenado a la realización de la justicia, a dar a cada uno lo suyo, lo que se merece, ayuda sobremanera a entender que el principal atributo del Gobierno y la administración pública sea, en efecto, un elemento esencial en orden a que la dirección de la cosa pública atienda preferentemente a la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del pueblo en su conjunto entendido como la generalidad de los ciudadanos[20].

En la medida en que la administración pública se contempla, en efecto, como la institución por excelencia al servicio de los intereses generales y éstos se definen de manera abierta, plural, dinámica, complementaria y con un fuerte compromiso con los valores humanos, entonces el aparato público deja de ser un fin en sí mismo que recupera su conciencia de institución al servicio a la comunidad. Así, de esta manera, es más fácil entender que si la tarea de dirección pública, sea en el gobierno en la administración, se concibe desde esta aproximación que el derecho ciudadano a un buen gobierno y a una buena administración pública sea algo razonable y adecuado. Derecho que supone, como corolario necesario, la obligación de la administración pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y características concretas y determinadas.

---

19 Barber Michael, *Public Administration*, 3ª ed., Macdonald and Evans, London, p. 6.

20 Rodríguez Arana, Jaime, et al., El Derecho a la Buena Administración Pública, España, Junta de Castilla y León, 2008, pp. 14-15.

1.4. Naturaleza y fin de la Administración Pública

De acuerdo a lo anteriormente escrito y analizado, la Administración Pública por sí misma es un todo orgánico, estructural y funcional que constituye una verdadera institución de Derecho Público con personalidad para efectos jurídicos no solo frente a los particulares sino también en relación con los demás órganos gubernamentales.

Lo que refiere al fin de la Administración Pública es la satisfacción de las necesidades colectivas. Su misión fundamental es coordinar los esfuerzos, los recursos y los instrumentos puestos a su servicio para que conjuntamente con los particulares se logre la meta fundamental del Estado: el bien común.

La Administración Pública es una organización aboca a un fin, el cual es el que fundamenta la existencia de la Administración y que la legítima, es precisamente el servicio de los intereses generales. El servicio a los intereses generales define la esencia de la administración Pública y determina totalmente su estructura y su actividad. Como organización, la administración debe construirse de la manera más adecuada para alcanzar su fin. Además los intereses perseguidos por la administración Pública no son ni particulares, ni privados, solo de carácter general; y además la función de servicio ha de realizarse con objetividad, es decir, sin acepción de personas ni interferencias partidistas, sin favoritismos no discriminaciones[21].

En el caso de la legislación mexicana esto se encuentra determinado no de manera muy precisa, en la Constitución Federal, capítulo III del Poder Ejecutivo. En el artículo 80 de la misma señala que se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo, que se denominará «Presidente de los Estados Unidos Mexicanos[22].

---

21 Sánchez Morón, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 73.

22 El depositar la responsabilidad política y jurídica del Ejecutivo en un solo individuo, no excluye que el presidente de la República, se auxilie para el ejercicio de sus funciones de una serie de organismos y entidades públicas ubicadas dentro de la organización del Poder Ejecutivo. El artículo 90 faculta al presidente de la república a contar con secretarios que lo auxilien en el ejercicio de sus funciones administrativas. Todos estos funcionarios son los titulares de los importantes órganos administrativos que, junto con otras entidades gubernamentales, forman la Administración Pública federal.

En el artículo 87 sigue diciendo que el Presidente, al tomar posesión de su cargo prestará ante el congreso de la unión, o ante la comisión permanente, en los recesos de aquél, la siguiente protesta: «Protesto guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, y desempeñar leal y patrióticamente el cargo de Presidente de la República que el pueblo me ha conferido, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión; y si así no lo hiciere que la Nación me lo demande».

En esta última parte del precepto antes mencionado es como de alguna manera es señalado el fin de la Administración Pública, al encomendarle la tarea de ver por los intereses del País.

1.5. Del Buen Gobierno y La Buena Administración como Derecho Fundamental

Este derecho se asocia por la doctrina al concepto de «governance» o buen gobierno, que tan complicado es de acotar y que aparece en el Ordenamiento español conectado a un instrumento comunitario de «soft-law» conocido como el Libro Blanco de la Gobernanza.

El término inglés «governance» reaparece en el escenario político-jurídico en el ámbito internacional tras varios siglos de olvido y es objeto de una disputa terminológica por su traducción a otros idiomas y se enclava en los debates sobre los principios para una nueva legitimación de las Instituciones. La actual crisis económica y los escándalos financieros han puesto en tela de juicio el recetario de ideas sobre buen gobierno, recomendaciones y autorregulación que, desde el ámbito del Derecho societario, había sido exportado a otros ámbitos del Ordenamiento.

Uno de los principales logros de la Presidencia francesa fue la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en diciembre de 2000[23]. Se afirma lo anterior porque se hizo pensando en

[23] La carta fue inicialmente solemnemente proclamada en el Consejo Europeo de Niza en 07 de diciembre de 2000. En ese momento, no tenía ningún efecto jurídico vinculante. En 01 de diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la carta hizo jurídicamente vinculante sobre las instituciones europeas y los gobiernos nacionales, como los tratados de la UE se. Por primera vez, los miembros del Colegio de Comisarios juraron una declaración solemne a respetar la carta, así como los tratados en mayo de 2010. La carta refuerza la protección de los derechos fundamentales al hacer esos derechos más visible y más explícita para los ciudadanos.

los ciudadanos y para cambiar su situación dentro de la UE. La Carta de Niza es la primera en el mundo que incluye un derecho a la buena administración como derecho fundamental. Para el ciudadano, representa un gran avance respecto del Tratado de Maastricht[24].

La buena administración de instituciones públicas parte del derecho ciudadano que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenado de forma y manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto. Las instituciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos, llamados de buen gobierno o buena administración, a los que se sumarán las diferentes perspectivas de las opciones políticas vencedoras en los diferentes comicios electorales[25].

La buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano de naturaleza fundamental. La razón es que reposa en las más altas argumentaciones del pensamiento democrático: en la democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o de altos funcionarios sino que son del dominio popular, son de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día, con su esfuerzo p0or encarnar los valores cívicos y as cualidades democráticas, dan buena cuenta de temple democrático en la cotidianeidad. Por eso la función constitucional de la administración pública, se centra en el servicio objetivo al interés general. Si consideramos que el ciudadano ha dejado de ser un sujeto inerte, sin vida, que tenía poco menos que ser enchufado a la vida social por parte de los poderes públicos para adquirir la condición de ciudadano, entonces comprenderemos mejor el alcance de este derecho.

El derecho a la buena administración ha evolucionado de ser configurado como un principio rector a ser proclamado como derecho fundamental en el ámbito de la UE. En el ámbito de la UE, aparece en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales (en adelante CDFUE) predicado respecto a las Instituciones comunitarias como reflejo de una

---

24 Söderman, J., *El Derecho Fundamental a la buena administración, El papel de los Defensores del pueblo del mundo en transición,* Mallorca, España, 2001.

25 Rodríguez Arana, Jaime, et al., El Derecho a la Buena Administración Pública, España, Junta de Castilla y León, 2008, p. 16.

doctrina jurisprudencial emanada a lo largo del proceso de integración comunitario por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas[26].

El contenido del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza (Artículo II-101, Parte II del Tratado mediante el cual se establece una Constitución para Europa de 29 de octubre de 2004 (documento 2000/C 364/01), complementado con el numeral 42 de esa misma Carta, obtiene el «derecho fundamental a una buena administración pública».

El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la letra destaca:

Artículo 41 Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:

   El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

---

[26] Carrau, Javier Guillem, «La buena administración en la UE tras el tratado de Lisboa: ¿más por menos?», Cortes Anuario de Derecho Parlamentario, España, 25.

1.6. Del buen gobierno y la buena administración como principio

La Declaración del Milenio[27] presenta una visión para el mundo en el siglo XXI. Es una visión de un mundo pacífico, próspero y justo, que reafirma los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. Refleja la declaración del compromiso de los Estados Miembros de lograr la paz, la seguridad y el desarme; promover el desarrollo y la erradicación de la pobreza; proteger nuestro entorno común; defender los derechos humanos, la democracia y el buen gobierno; proteger a las personas vulnerables; y atender a las necesidades especiales de África[28].

Al analizar el papel del buen gobierno en la aplicación de la Declaración, es necesario prestar particular atención a los elementos básicos de la capacidad para gobernar, a saber, la capacidad institucional, la capacidad

---

[27] A/RES/55/2*Distr. General 13 de septiembre de 2000 en el punto V.- tiene como título: Derechos humanos, democracia y buen gobierno: y en el señala en los puntos 24 y 25 respectivamente: 24. No escatimaremos esfuerzo alguno por promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, incluido el derecho al desarrollo. 25. Decidimos, por tanto: • Respetar y hacer valer plenamente la Declaración Universal de Derechos Humanos. • Esforzarnos por lograr la plena protección y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todas las personas en todos nuestros países. • Aumentar en todos nuestros países la capacidad de aplicar los principios y las prácticas de la democracia y del respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías. • Luchar contra todas las formas de violencia contra la mujer y aplicar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer11. • Adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias, eliminar los actos de racismo y xenofobia cada vez más frecuentes en muchas sociedades y promover una mayor armonía y tolerancia en todas las sociedades. • Trabajar aunadamente para lograr procesos políticos más igualitarios, en que puedan participar realmente todos los ciudadanos de nuestros países. • Garantizar la libertad de los medios de difusión para cumplir su indispensable función y el derecho del público a la información.

[28] Comité de Expertos en Administración Pública Primer período de sesiones Nueva York, Tema 3 del programa provisional* *Ampliación de la capacidad de la administración pública para aplicar la Declaración del Milenio*, E/C.16/2002/4, 22 a 26 de julio de 2002.

de formulación de políticas, la capacidad administrativa/de gestión, el perfeccionamiento de los recursos humanos y la suficiencia tecnológica. Una de las conclusiones principales que pueden extrapolarse de la Declaración y sus objetivos es que la capacidad del Estado en las esferas antes mencionadas es el factor primordial para su aplicación satisfactoria. Un gobierno democrático eficaz y una administración pública eficiente se cuentan, sin duda alguna, entre los elementos más importantes de la promoción del programa de desarrollo nacional de un país[29].

En marzo de 2006 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas emite la resolución A/RES/60/34, se pide a la comunidad internacional que preste más apoyo a las iniciativas nacionales en materia de administración pública, en particular las de los países en desarrollo, y a las alianzas entre el sector público y el privado, a fin de proporcionar apoyo educacional, material y técnico y cooperación. Además solicita a los Estados Miembros que respeten los principios de debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, equidad, responsabilidad e igualdad ante la ley y la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de transparencia, rendición de cuentas y rechazo de la corrupción en todos los niveles y en todas sus formas, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[30]. Desde esta óptica construir un «derecho humano» a la buena administración pública sólo requiere un cambio de paradigma interpretativo: una administración pública al servicio del ser humano.

El derecho a la buena administración también se viene relacionando con lo que concierne a la ética y a los buenos modales en el servicio público. Hemos observado que además de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la cual figura la proclamación específica del derecho a una buena administración, también se han elaborado por parte de organismos y Estados, códigos, cartas o instrumentos destinados a mejorar la conducta de quienes tienen la responsabilidad de prestar los servicios públicos.

---

29 Ídem.

30 Resolución A/RES/60/34 Resolución aprobada por la Asamblea General, [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/60/L.24 y Add.1)] 60/34, Administración pública y desarrollo, Las resoluciones de la Asamblea General no son publicadas consecutivamente y pueden ser emitidas semanas después de haber sido aprobadas, 30 de noviembre de 2005.

En Europa por ejemplo se expidió el llamado Código de Buena Conducta Administrativa para el Personal de la Comisión Europea en sus relaciones con el público[31]. En ella la Comisión dio un importante paso concreto con vistas a la aplicación de dichos principios al adoptar, el 13 de septiembre de 2000, un código de buena conducta administrativa. Dicho código representa una valiosa guía para los funcionarios de la Comisión en sus relaciones con el público. El objetivo de este código consiste, por lo tanto, en reforzar los esfuerzos ya desplegados en este sentido, garantizando en toda circunstancia un servicio de calidad e informando al público de las normas de conducta que tiene derecho a esperar en sus relaciones con la Comisión.

A estos efectos, el Código define los principios en que deben basarse las relaciones entre la Comisión y el público: legalidad, no discriminación, proporcionalidad de las medidas con los objetivos perseguidos y coherencia en el comportamiento administrativo.

Otro de los instrumentos en esta materia es Código Iberoamericano De Buen Gobierno[32]. Este Código será aplicable a los Presidentes de República, Vicepresidentes, Presidentes de Gobierno o de Consejo de Ministros, Primeros Ministros, Jefes de gabinete de ministros, ministros, secretarios de Estado o equivalentes, y, en general, todos los altos cargos del Poder Ejecutivo tales como viceministros, subsecretarios, directores de entes públicos o directores generales. En él quedan establecidos, además de los principios y valores[33] sobre los cuales se regirá, la definición de un

---

31 Diario Oficial de las Comunidades Europeas, DO L 267, 20/10/2000.

32 Código Iberoamericano De Buen Gobierno, Montevideo, 23 de junio de 2006.

33 Los principios básicos que guiarán la acción del buen gobierno son: a. El respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona humana. b. La búsqueda permanente del interés general. c. La aceptación explícita del gobierno del pueblo y la igualdad política de todos los ciudadanos y los pueblos. d. El respeto y promoción de las instituciones del Estado de Derecho y la justicia social. 3. Los valores que guiarán la acción del buen gobierno son, especialmente: Objetividad, tolerancia, integridad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, igualdad de género y protección de la diversidad étnica y cultural, así como del medio ambiente.

buen gobierno[34] y tres tipos de reglas de conducta las vinculadas a: la naturaleza democrática del gobierno, a la ética gubernamental y a la gestión pública.

Las anteriores son acciones que han venido a reforzar la estrategia conducente a establecer un orden en la funcionalidad de los gobiernos y sus administraciones como puede ser: la actuación correcta de los funcionarios y servidores públicos; la consolidación de la existencia de ciertos valores como el respeto al interés general, la honestidad, y lograr la consolidación de los sistemas democráticos, en función del ciudadano.

1.7. La Buena Administración en México

Hemos dejado ya establecido que la Administración Pública es una organización que tiene un fin, el cual es el que fundamenta su existencia y la legítima, que es precisamente el servicio de los intereses generales. El servicio a los intereses generales define la esencia de la administración Pública y determina totalmente su estructura y su actividad. Como organización, la administración debe construirse de la manera más adecuada para alcanzar su fin. Además los intereses perseguidos por la administración Pública no son, ni particulares, ni privados, solo de carácter general; y además la función de servicio ha de realizarse con objetividad, es decir, sin acepción de personas ni interferencias partidistas, sin favoritismos no discriminaciones[35]. De lo anterior surge el calificativo que se le asigna a la administración pública en sus efectos que repercuten sobre los ciudadanos, al valorarla como buena o mala administración de acuerdo, a los efectos derivados de su función.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no recoge de forma explícita en su texto normativo el derecho a la buena administración. Sin embargo, si se observan los principios constitucionales relativos a la actuación de los poderes públicos, se rastrean algunos de los rasgos

---

[34] El buen gobierno aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho.

[35] Sánchez Morón, Miguel, Derecho Administrativo, parte general, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 73.

esenciales de esta noción. En este sentido, se puede corroborar cómo existe un paralelismo entre los objetivos que se proponen para el principio de la buena administración y aquellos compromisos constitucionales que tratan de materializar el modelo de Estado social y democrático de derecho en México. Así, por ejemplo, si tenemos en cuenta que el derecho a la buena administración abarca principios como: participación, trasparencia, rendición de cuentas o *accountability*, eficacia y coherencia, las anteriores tienen su existencia normativa en nuestra Carta Magna.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales que México ha ratificado y en las leyes de procedimiento administrativo, se encuentran contenidos los principios que sirven de garantía para el administrado dentro del procedimiento administrativo. Las normas jurídicas constitucionales y supranacionales, que son de jerarquía superior a cualquier otra norma del sistema jurídico, consagran principios jurídicos que a lo largo de la historia han ido tomando un protagonismo importante dentro del procedimiento administrativo, y que en la actualidad, desconocerlos, resulta casi imposible. La finalidad del procedimiento administrativo consiste en el dictado de un acto administrativo y para llevar a cabo dicha finalidad, se deben respetar ciertos principios que tienen por objetivo que, dentro del menor tiempo posible y reuniendo la mayor cantidad de información, se pueda declararla voluntad de la administración pública.

Incluso podemos afirmar que en nuestro derecho se puede observar que existen algunos principios del derecho a la buena administración en otros derechos humanos fundamentales ya establecidos en nuestra constitución. Podemos deducir que el derecho a la buena administración, forma parte integrante del resto de los derechos. Los artículos 6º de reciente reforma establece ya el derecho de acceso a la información; el art. 8º que encierra el derecho de petición[36]; el art.14º que consagra el principio de legalidad; el art. 16º el cual protege la libertad personal y la seguridad por medio de la legalidad, de la motivación y fundamento que se requiere para los actos de autoridad que causen molestia a los individuos en su persona,

[36] IFAI, *El derecho de acceso a la información en México: un diagnóstico de la sociedad,* Dirección General de Atención a la Sociedad y Relaciones internacionales, México, 2004.

papeles y posesiones, de nuestra constitución, son un claro ejemplo de derecho que se encuentran establecidos de lo que conocemos ya como el derecho a la administración pública[37].

1.8. Conclusiones

En efecto, el ciudadano es ahora, no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo protagonista, el cual aspira a tener una participación destacada en la configuración de intereses generales. Los ciudadanos tienen derechos a que la gestión de los intereses públicos se realice acorde al libre desarrollo solidario de las personas. Por eso es un derecho fundamental de la persona, porque la persona en cuento tal requiere que lo público, que el espacio de lo general, este atendido de forma y manera que lo permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones[38].

Una administración pública que se ajuste adecuadamente a las demandas democráticas, ha de responder a una rica gama de criterios que podríamos calificar de internos, por cuanto miran a su propia articulación interior, a los procesos de tramitación, a su transparencia, a la claridad y simplificación de sus estructuras, a la objetividad de su actuación.

El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas constituye un paso decisivo en orden a garantizar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder. Que el poder se utilice de manera abierta, plural, social y equilibrada y humana, lo anterior es algo que se debe considerar al proyectar las diferentes formas de gobernar y administrar a partir de las distintas opciones políticas.

Si se entiende el derecho al buen gobierno como un derecho en el sentido expuesto, éste otorga a su titular el poder de exigir a un tercero lo que la norma que le ha facultado prescribe y coloca a su vez al Estado en una posición de deber de cumplir esta prestación. El artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, lleva por título precisamente «el derecho a una buena administración».

---

37 Bulle Goyri, Víctor, *Las Garantías Individuales en la Constitución de 1917, en Estudios jurídicos en torno a la constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, UNAM, México, 1992.

38 Rodríguez Arana, Jaime, et al., El Derecho a la Buena Administración Pública, España, Junta de Castilla y León, 2008, pp. 16-17.

La buena administración se nos presenta, por tanto, como un nuevo principio rector de la actuación de las administraciones públicas y como un derecho fundamental. Como nuevo derecho su novedad radica en el hecho de que logra integrar bajo un nuevo concepto un conjunto de sub derechos ya existentes. Además, como principio rector comporta la imposición a los poderes públicos de una conducta tendente a hacer realidad el contenido del principio y como mandato se dirige al legislador y al resto de poderes públicos.

El derecho a una buena administración, en México, no existe en ninguna norma que exprese literalmente tal derecho y por lo tanto no existe de manera explícita, sin embargo, como hemos observado existen una serie de principios y derechos fundamentales en nuestro régimen constitucional en los cuales queda visto que el derecho a la buena administración existe como complemento a los ya establecidos y sin los cuales no podríamos de calificar como buena o mala a la nuestra administración pública en México. y que además en una convivencia democrática, existe siempre, y tiene carácter básico.

Referencias Bibliográficas

Barber, Michael, *Public Administration*, 3ª edición, Macdonald and Evans, London, Falta año, Pág 6.

Bobbio, Norberto, *Diccionario de Política*, México, siglo XXI, 1976.

Bosquera Oliver, José María, *Derecho Administrativo*, 5ª edición, volumen I, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, pp. 55 y 56.

Bulle Goyri, Víctor, *Las Garantías Individuales en la Constitución de 1917*, en Estudios jurídicos en torno a la constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario, UNAM, México, 1992.

Carrillo Flores, Antonio; *Derecho Administrativo*, undécima edición, México, 1966, p. 90.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículos 40, 49 y 80.

Corson and Harris, *Public Administration in Modern Society*, Mc Graw Hill, 1969, p. 1.

Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, editorial Porrúa, Sexta edición, 1993.

Entrena Cuesta, Rafael, *El concepto de la Administración Pública en la doctrina y el Derecho positivo españoles*, revista de Administración Pública, IEP, número 32, Madrid,1960, p.55.

IFAI, *El derecho de acceso a la información en México: un diagnóstico de la sociedad,* Editorial Dirección General de Atención a la Sociedad y Relaciones internacionales, México, 2004.

López-Nieto, Francisco, *La administración Pública en España*, 1ª. edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p.265.

Martínez Vera Rogelio, en su obra *Nociones de Derecho Administrativo*; Editorial Banca y Comercio, México 1972.

Parejo, L.; Jiménez Blanco, A. y Ortega, L, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol.1, quinta edición.; Madrid, Editorial Ariel, 1998.

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Madrid, 2001.

Ríos Elizondo, Roberto; *El acto de gobierno*, Editorial Porrúa, México, 1975 p.365.

Sanchez Moron, Miguel, *Derecho Administrativo, parte general*, 4ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 73.

Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*; séptima edición, México, Editorial Porrúa, 1976.

Söderman, J., *El Derecho Fundamental a la buena administración. El papel de los Defensores del pueblo del mundo en transición,* Mallorca, España, 2001.

Los temas pendientes del Derecho Constitucional mexicano a raíz de la reforma en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011

Sergio Arnoldo Morán Navarro
Humberto Lomelí Payán
Paulette Josefina Soler Prieto

1. Los derechos humanos y su perspectiva

La concepción de derechos humanos, compleja desde la doctrina, se ha consolidado en el seno de la Organización de Naciones Unidas, como una respuesta a la degradación que sufrió el individuo por las naciones totalitarias (nazistas y fascistas) que pretendieron su aniquilación por razones de raza, genero o religión; y que propició que las naciones que se vieron involucradas en este escenario, propusieran una serie de principios que deberían tener vigencia en cualquier nación, dando origen a la Declaración universal de los derechos humanos en 1948, suscrita por quienes integraron la nueva ONU, y que provocó que cualquier nación que procurara incorporarse, debería asumir la declaración como compromiso ante todos sus ciudadanos y ante la comunidad internacional.

Esta declaración estableció en su artículo 1, la concepción de ser humano y sus condiciones, al decir *«Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros»*. La razón era, evitar la denigración de la especie humana, la generación de condiciones que se deberían observar, tanto por las autoridades como por los ciudadanos, en la convivencia de todos en sociedad[1].

De tal forma, que pude afirmarse que toda persona tiene derechos frente al Estado, y que éste último debe respetar y garantizar esos derechos. Además, los derechos humanos no dependen del reconocimiento del Estado, ni que sean concesionados por este. Por lo que el reconocimiento no dependerá de cuestiones de nacionalidad, cultura, raza o religión alguna. Ya que la característica de universal, debe concederse a cualquier persona, por ese simple hecho.

---

[1] Nikken, Pedro. *Estudios básicos de derechos humanos*, t. I, Ed. Instituto Interamericano de derechos humanos, Primera edición San José, 1994, libro electrónico http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1835 IIJ UNAM (2008) pp. 15 y ss.

Pero, ¿qué derechos se consideran como humanos?, ¿qué aspectos de la vida de las personas debe ser protegida y garantizada contra cualquier actuación del poder público? Históricamente la declaración de independencia de Estados Unidos de 1776, proclamó a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad como los principales derechos de su sociedad, con la característica que pertenecían a cualquier individuo. En Francia, en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, se reconoció la característica de que los hombres nacen libres e iguales en derechos, y que las distinciones sociales no pueden estar fundadas sino en la utilidad común.

Sin embargo, las declaraciones de derechos por sí mismas son irrelevantes ya que si no cuentan con mecanismos de protección que garanticen su vigencia, u cumplimiento carecía de valor vinculante desde el punto de vista jurídico, es decir, constituirán solo buenas intenciones de quienes las suscribían.

Hoy en día, encontramos diversas generaciones de derechos humanos. La primera generación, se basa en derechos civiles y políticos, consistentes en la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano, como la vida, la libertad, así como aquellos tendientes a elegir a sus gobernantes, y que el poder público se encuentra inhibido de entrar en la esfera de estos derechos, por ser estos de naturaleza individual y privada. La segunda generación, deriva en los derechos económicos, sociales y culturales, que se vinculan directamente con el principio de igualdad, y que al contrario de los de primera generación, exigen del Estado una actuación a través de los servicios públicos. También existen los derechos humanos de tercera generación, que se vinculan con aspectos relacionados con la solidaridad, y se incluyen aspectos como la paz mundial, la calidad de vida o la dignidad humana. Por último, existen autores que consideran una cuarta generación de derechos humanos, derivado sobre todo de la utilización de las nuevas tecnologías, y que tienden a proteger la naturaleza humana, como ejemplo el medio ambiente y la bioética. (Aún cuando en este último aspecto existen autores que los ubican en la tercera generación).

Respecto al Estado mexicano, el escenario era complejo respecto a esta materia, sin embargo, el 10 de junio de 2011 se realizó una reforma constitucional que complicó aún más el marco jurídico de protección, debido

a que el Estado mexicano decidió modificar la concepción de garantías individuales, tan peculiar en la tradición mexicana, e implementar una nueva realidad, como lo es la concepción de derechos humanos contenidos no sólo en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino, en cualquier tratado internacional que haya suscrito el Estado mexicano. Las implicaciones que se tienen ahora para los mexicanos son complejas.

Esta modificación cambió de fondo, no sólo la composición de la noción tradicional que se tenía en el Estado mexicano de las Garantías Individuales, que durante casi un siglo tuvo una vigencia inalterable al paso del tiempo, sino también modificó substancialmente la concepción de derechos que se podrán proteger, debido a que en los sistemas iuspositivistas la concepción utilizada se sustenta en la noción de derechos fundamentales[2], más que en la de derechos humanos[3], y este no es un problema menor.

En un primer término, se habilita a uno de los mecanismos tradicionales en la legislación mexicana para la protección de los mismos, debido a que, exigió el movimiento de la maquinaria del Estado, para poder adecuar el marco normativo que cambió, en distintos aspectos, como en lo fue, en la expedición de una nueva Ley de Amparo, la cual, ahora además de proteger aquella concepción que se tenía en el Estado mexicano para proteger las garantías individuales, que más que éstas se concebían en la noción más consolidada de la doctrina internacional como derechos fundamentales.

Con ello, la protección de los derechos fundamentales, la reforma de 10 de junio de 2011, conlleva una serie de modificaciones que requerirán un amplio esfuerzo de las instituciones del Estado mexicano en todos sus niveles y órdenes de gobierno, ya que, como es sabido por todos, la concepción federalista inmersa en la forma de estado mexicano, requiere

---

2 Sobre los derechos fundamentales cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*¸ ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1993; también Ferrajoli, Luigui, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2001; véase también Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Cuarta Edición, ed. UNAM-CNDH, México 2011.

3 Sobre los Derechos Humanos, cfr. Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, editorial Ariel, Barcelona, 1984; también Carpizo, Jorge, *Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características*, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 25 julio-diciembre 2011, pp. 4 y ss.

de un alineamiento de los poderes y órdenes de gobierno en sus ámbitos federal, estatal y municipal.

Ante lo anterior, las diferentes ideologías de quienes ejercen el poder en cada una de las entidades del país, provoca que la realidad sea aún más compleja, si se pretende operar en el ámbito municipal, debido además a la limitada composición organizativa por la escases presupuestal asignada a los ayuntamientos, cuestión que exponencialmente se aumenta con la escasa formación educativa de quienes desempeñan laboras fundamentales en ejercicio de una función pública en este orden de gobierno.

Este escenario complejo, ha sido debidamente delimitado por Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer MacGregor recientemente[4], y sin dudarlo la forma de estado Federal en esta nueva realidad, va a ser exigida con creces para dar cumplimiento a las nuevas condiciones que derivan de la materia de derechos humanos, máxime, porque las nuevas condiciones del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos han cambiado, y el llevar a la práctica lo plasmado por el constituyente permanente, no será tarea fácil.

2. La democracia

Entrar al estudio de la democracia, la justicia y los derechos humanos, conlleva consigo una responsabilidad histórica. Desde los orígenes de la humanidad, la sociedad ha pretendido garantizar su convivencia mediante la implementación de reglas justas, que reflejen en su resultado una determinación ajustada a los principios más básicos de toda persona.

La democracia, que en opinión de Aristóteles privilegiaron los griegos para determinar el rumbo de sus pueblos, fue el reflejo de una forma de gobierno que ha logrado hoy en día, a establecerse a tal grado, que no se concibe un Estado que no sea democrático. O sea, toda sociedad que se conciba civilizada, debe contener como forma de gobierno, la democracia. Sin embargo, a pesar de su exigencia, el ejercicio de la democracia, no es

---

[4] Carbonell, Miguel, *Las obligaciones del Estado en el artículo 1° de la Constitución Mexicana* y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, ambas colaboraciones publicadas en la obra *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IIJ-UNAM, México 2011, pp. 358 y ss.

posible llevarla a todos los ámbitos de la esfera gubernamental. La participación de todos los ciudadanos en una sociedad, en todas las decisiones trascendentales de su gobierno, es en la práctica, imposible de ejercerse.

Desde finales de la edad media, John Locke[5], proponía una de las clases de democracia que en su concepción, permitiría el ejercicio adecuado del gobierno, ya que llegó a afirmar, que el pueblo común, no tendría el tiempo necesario para poder intervenir en todas las decisiones importancias de su nación. Es por eso que recomendaba la implementación de un modelo de democracia que se llegó a conocer como representativa; consistente en delegar en representantes, la facultad de tomar decisiones que nos vendrían a afectar a todos los integrantes de nuestra sociedad.

A raíz de estas ideas, desde finales del siglo XVIII (en Francia) y hasta nuestros días, a través del principio de soberanía popular que logró consolidar Rousseau[6], la mayoría de las naciones empezaron a privilegiar la participación ciudadana como uno de los principios básicos de toda sociedad que se considerara civilizada. Recordemos que a inicios del siglo XX, las sociedades democráticas se pusieron en crisis por los regímenes totalitarios, como lo fueron los gobiernos nazistas y fascistas, por citar algunos ejemplos. Sin embargo, al término de la segunda guerra mundial, la participación ciudadana en la toma de decisiones, se consolidó en la mayoría de las naciones del mundo moderno.

Para considerar un ejercicio adecuado de democracia, es necesario que los individuos que participan en ella, tengan satisfechas, las necesidades elementales para su subsistencia, ya que de no ser así, factores externos incidirán gravemente en la vulneración de su libertad individual. Ya que el hambre, la salud e inclusive, la falta de educación, pueden generar una voluntad viciada que responda de manera errónea a satisfacer sus necesidades en vez de pensar en las decisiones que pudieran tener una mayor relevancia para toda la sociedad. A tal grado llega esta condición, que inclusive en el último

---

5 Para mayor abundancia, cfr. Locke, John *Ensayo sobre el gobierno civil*, ed. Porrúa, México, 2003.

6 A través de su obra cumbre Rousseau, Jean Jacques *El contrato social*, ed. Porrúa, México, 2006.

estudio sobre la democracia en América Latina[7], gran porcentaje de los encuestados prefirieron elegir desarrollo que democracia.

3. Los sistemas de control del gobierno

Dentro de los sistemas democráticos, los parlamentos gozan de una legitimación basada en la soberanía popular. La evolución constitucional supone el reforzamiento de los poderes parlamentarios, fundados en principios democráticos frente a la reducción de poderes del órgano gubernamental. La legitimación que obtiene el gobierno en los regímenes constitucionales se trata de una legitimación derivada de tipo democrático, pero siempre con el carácter de una legitimación derivada; legitimada por el órgano legislativo que como representante de la Nación, está investido de una superioridad jerárquica frente al órgano gubernamental[8]. Este predominio jurídico y político del Parlamento, se va a traducir en una función de control sobre el Gobierno, lo que reafirma la superioridad jerárquica del primero. Esta situación de frenos y contrapesos, ha merecido poca atención por parte de la doctrina en nuestro país, sin embargo en otras latitudes, se tienen claras las ideas al respecto.

La función de control esencialmente, consisteen una función de información, y es en la difusión informativa en donde reside la efectiva capacidad controladora del Parlamento. Esa difusión de la información no sólo se centra exclusivamente en el Gobierno, sino que también se ubica en los asuntos públicos; en sí, sobre la administración del Estado en general. Por lo tanto, el control parlamentario no está sólo en la supuesta superioridad sobre el órgano gubernamental, sino en la difusión de sus averiguaciones.

La función de control ha adquirido hoy en día gran importancia, hasta el punto que autores como Cazorla Prieto, han llegado a afirmar, que se ha pasado del Parlamento legislador, al Parlamento controlador, y que todo

---

7 Cfr. NohlenDieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico empírico*, IIJ UNAM y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2003, pp. 136 y ss.

8 Domínguez Agudo, María Reyes. «El control parlamentario: algunas consideraciones en torno a la función de control en las Comunidades Autónomas», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid,* no. 11, septiembre-diciembre, 2001, p. 76.

lo que consista en fortalecer el control parlamentario[9]; en este sentido habría que ver si la función de control ha tenido algún impacto dentro del estado mexicano. Ya que si bien es cierto que la función de control parlamentario ha sufrido a lo largo del tiempo una importante transformación que quizás sea la causa de las modificaciones operadas en torno a la relación entre Parlamento y Gobierno, y como indican Montero Gibert y García Morillo[10], el control parlamentario llena hoy la fase central entre esos dos poderes del Estado, sin embargo, en el sistema democrático, las instituciones siempre sufren cambios, y en términos generales habría que precisar cuáles de esos han impactado en las instituciones mexicanas.

A pesar de la tradicional tripartición de las funciones parlamentarias,que determinaba que todo lo que no fuera propiamente de las funciones legislativas y financieras, se incluyese en la función de control[11], constituía el cajón de sastre, donde cabía todo lo que no encajaba en aquellas otras funciones más delimitadas y estudiadas[12]. Duguit[13] las incluía dentro de las atribuciones del control pertenecientes al Parlamento. J. Barthelemy y P. Duez[14], calificaban a las encuestas, las preguntas y las interpelaciones, como modos de ejercicio de control parlamentario.

Por el contrario, siguiendo una clasificación tradicional, se puede agrupar a las figuras del control parlamentario en dos bloques, el de naturaleza ordinaria y extraordinaria[15]. El primero se basa en la responsabilidad política

---

9 Cazorla Prieto, L. M. *Las Cortes Generales: ¿Parlamento contemporáneo?*, Ed. Cívitas, Madrid, 1985, p. 65.

10 Montero Gibert, J.R. y García Morillo, J. *El control parlamentario*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 17 y ss.

11 Así lo señala Santaolalla, Fernando. *El Parlamento y sus instrumentos de información (preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación)*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1982, p. 19.

12 Chimenti. *Ilcontrollo parlamentare n'ellordinamento italiano*, Ed. Giuffré, Milán, 1974, pp. 1 y ss.

13 Duguit, L. *Traité du DroitConstitutionnel*, IV, segunda edición, París, 1924, pp. 376 y ss.

14 Barthelemy, J. y Duez, P. *traitéelementaire de DroitConstitutionnel*, Ed. Dalloz, París, 1926, pp. 607 y ss.

15 Clasificación realizada por de la Peña Rodríguez, Luis. «El control parlamentario, Debates generales y monográficos», en *El Reglamento parlamentario, propuestas de reforma*, coord. Corona Ferrero, Jesús, M., y otros, Ed. Parlamento de Cantabria, Santander, 2000, pp. 398 y ss.

del gobierno, pero no plantean una retirada de confianza sino una crítica, y abarca las preguntas, interpelaciones, mociones o proposiciones no de ley, las comparecencias e informaciones y principalmente las comisiones de investigación. El control extraordinario por el contrario, se pretende juzgar la confianza del gobierno y básicamente se refiere a las mociones de censura y a la cuestión de confianza.

a. El control ordinario

Los sistemas políticos en la democracia moderna, radica en formular públicamente políticas alternativas a las desarrolladas por el Gobierno para atajar los problemas que se le presentan a la ciudadanía. Es cierto que estas estrategias encontrarán normalmente el rechazo de la mayoría parlamentaria, pero pese a la posible frustración que pueda suponer la realidad inapelable de los votos en contra, el control parlamentario es una de las actividades que, con independencia de su resultado, manifiesta el pluralismo político que la Constitución ha erigido como valor superior del ordenamiento jurídico[16].

No podemos ignorar que los instrumentos de control son utilizados en gran medida como vehículo de comunicación con el electorado, puesto que de lo que se trata es de vigilar y evaluar la acción del Gobierno para trasladar los resultados a la opinión pública. Por ello se dice que con la orientación del control realizado por la minoría parlamentaria, se persigue la exposición crítica del comportamiento del Gobierno y de la mayoría que lo sustenta, ofreciendo alternativas al electorado que pongan en evidencia las carencias y despropósitos de la política del Ejecutivo[17].

El destino final del control parlamentario es el cuerpo electoral; la publicidad y el debate que se genera en todas las actividades de la Cámara llegarán al electorado la mayor de las veces en forma de crítica. Por eso el Gobierno, sabedor del examen que sufrirán sus actuaciones, tratará de

---

16 López Ulla, Juan Manuel. «EL control a través de las proposiciones no de ley en el Parlamento de Andalucía» en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, coord.. Luis López Guerra, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 547.

17 Ramírez, M. «Parlamento y opinión pública» en *Anuario Jurídico de la Rioja*. Vol. I. 1995, pp. 71-80.

acomodar su comportamiento hacia aquellos en los que converja la ciudadanía. Lo que en ocasiones se traducirá en un triunfo de la actividad fiscalizadora de los grupos minoritarios[18].

b. El control extraordinario

La función de control extraordinario, a diferencia del control ordinario, regula la relación Gobierno-Parlamento adquiriendo un matiz específico en los regímenes parlamentarios, en donde el Gobierno se establece y mantiene sobre la confianza del Parlamento; ya que la negación de esa confianza se traduce en la responsabilidad gubernamental que trae consigo la remoción del Gabinete como última *ratio*[19]. Los medios prácticos para verificar si el gabinete ministerial continúa disfrutando de la confianza parlamentaria son dos: la cuestión de confianza que somete el gobierno para efectuar dicha comprobación; y la moción de censura adoptada por los miembros de la propia asamblea parlamentaria. Puede afirmarse, en efecto, que la deducción de responsabilidad mediante la cuestión de confianza y las mociones de censura han adquirido categorías de símbolos como instrumentos de control y de gobierno[20]. En México, esta relación a pesar de que puede estar regulada en la constitución mexicana, su tratamiento escasamente ha sido indagado por la doctrina.

Si bien es cierto el Parlamento ha constituido desde sus orígenes el garante de que la actuación de los gobernantes se adecue a los objetivos constitucionalmente señalados, lo que también es cierto, es que se constituye como el garante de que la actuación de los poderes públicos sea conocida por el pueblo. Esta función de control en los sistemasde gobierno, se caracteriza por el establecimiento de una relación de confianza entre Gobierno y Parlamento desde el mismo momento de entrar en funcionamiento el primero.

---

18 Aragón Reyes, Manuel. «La forma parlamentaria de Gobierno en España: reflexiones críticas» en *Estudio de Derecho Político. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Vol. I. Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 163-177,

19 Fernández Segado, Francisco. «La Cuestión de Confianza: Marco jurídico constitucional y praxis política» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, no. 21, septiembre-diciembre 1987, pp. 37 y ss.

20 Sánchez Agesta, Luis. «Gobierno y responsabilidad» en *Revista de Estudios Políticos*, números. 113-114, 1960, pp. 35, 44 y ss.

Así, los parlamentos requieren que, una vez que han elegido los componentes de las Cámaras, su primera responsabilidad consiste en crear una mayoría aglutinada en torno a un programa de Gobierno y dirigida por un líder. La relación de confianza entre el Gobierno y el Parlamento, básica y esencial en el régimen parlamentario, se inaugura con el nombramiento del Gobierno en la investidura del Presidente.

El Gobierno, bien a través de una elección directa parlamentaria, bien por nombramiento del Jefe de Estado, se debe corresponder ideológicamente con la mayoría parlamentaria y sólo con ella, es decir, no puede depender de otro órgano del Estado, sin dudarlo, esta relación impacta favorablemente en el principio de gobernabilidad, que deberá brindar una amplia confianza en quien gobierne, al sentirse respaldado por un porcentaje considerable de parlamentarios que reforzará las decisiones que adopte el gobierno. Por ello, la instauración de la confianza es el momento central del régimen parlamentario que establece el vínculo formal entre la mayoría parlamentaria y el Gobierno, debiendo hacerlo sobre bases sólidas[21]. Y a través del principio de publicidad, ya que en la sesión de investidura es cuando el electorado tiene que ver reflejado el compromiso del partido que ha obtenido la mayoría en la elección, que tiene que formar su programa de gobierno, bien sea que por sí mismo o a través de una coalición de partidos. Esta relación de confianza la puede disolver el Parlamento a través de la exigencia de la responsabilidad política cuando lo estime conveniente, pero antes de que esto suceda se debe conocer cuáles son las bases del Gobierno.

La responsabilidad política se convierte así, en una cláusula de finalización del contrato que unía a ambos órganos y puede ser ejercida mediante la cuestión de confianza o la moción de censura. Esta relación fiduciaria se termina al cesar el Gobierno por la celebración de elecciones, por decisión del propio órgano gubernamental o por la pérdida de la confianza parlamentaria. Mientras dure la relación de confianza entre Gobierno y Parlamento la actividad del Gobierno estará bajo el control y supervisión del Parlamento[22]. De esta forma el Parlamento como representante de la

---

21 Galizia, M. *Studi sui rapportifra Parlamento e Governo.*Ed. Giuffré, Milán, 1972, p. 400.

22 VirgalaForuria, Eduardo. *La moción de Censura en la Constitución de 1978*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 196.

voluntad popular comprobará si la actividad estatal se adecua a los intereses de los representados[23].

4. Una aproximación a la justicia

La concepción de justicia tiene una justificación distinta a la de democracia, de hecho, es posible hablar de justicia sin democracia, y podemos plantearnos también a *contrario sensu* esta cuestión. Desde la antigüedad, es posible concebir lo que se considera como justo, por ejemplo en el Derecho romano, podemos encontrar una concepción que básicamente es válida en nuestro tiempo: dice Justiniano que la justicia *«Es el arte de dar lo justo y hacer lo justo a un individuo, basándose en los principios del arte del Derecho, sin tener ningún tipo de discriminación o preferencia hacia ninguna persona»* y enfatiza *«Ya que todas las personas deben ser tratadas sin ninguna discriminación o preferencia ya que así se estaría dando una justicia falsa y no sería* dar a cada uno lo suyo*sino* dar a él lo que le toque*dependiendo de su clase social o raza»*[24]. Todavía el jurista Ulpiano consideró a la justicia como *la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo, es decir el Derecho»*[25].

Siguiendo este orden, autores como Perelman Chaim[26] han definido a la justicia como *el principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera»*; si nos detenemos un momento en esta definición, es posible percatarnos que la aplicación de la justicia supone una distinción a partir de lo que se considera esencia en cada ser humano; y si precisamos esta característica, nos encontramos con que las grandes diferencias de la humanidad, se han basado históricamente en cuestiones de raza, genero y religión. Ya que con frecuencia, el ser humano a distinguido a quienes se

---

23 Burdeau, G. «Les façadesinstitutionnelles de la démocratiegouvernante», en *Traité de SciencePolitique*, Tomo IX, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Segunda Edición, Paris, 1976, p. 393.

24 Sobre Justiniano Cfr. *Corpus, Iuris Civiles, Digesto* 1.1.1.

25 González de la Vega, Rene. *Justicia e ideología*. Libro electrónico (2008) IIJ-UNAM, p. 1.

26 PerelmanChaim. *De la justicia*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, libro electrónico IIJ UNAM (2008), http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=453, Primera Edición en español 1964, pp. 43 y ss.

le asemejan, provocando una alternación de lo justo en aquellos que no son semejantes. El principio de igualdad como vemos, va ligado al de justicia, a tal grado, que las personas deben tratar a sus semejantes como iguales, y en esta medida esencial deberán ejercer su función[27].

Para Kelsen, el problema de la justicia surge cuando hay un conflicto de intereses, y tales conflictos solo pueden ser resueltos en base a una concepción subjetiva por un individuo, y de acuerdo a un juicio de valor relativo a lo que ese sujeto estime como valor supremo[28]. En este sentido Recasens afirma, que uno de los principios que puede propiciar una mejor decisión es la tolerancia, ya que en base a esta, diversos valores contenidos en una sociedad, va a propiciar el conocimiento de las diferentes características que componen a todos y cada uno de los individuos de la sociedad[29].

Sin embargo, toda esta argumentación que ha girado en torno al principio de justicia, evolucionó a un nivel insospechado cuando John Rawls, publicó su obra *la teoría de la justicia*. Al considerar a esta sobre todo, como una característica que deberían tener todas las instituciones sociales, al afirmar *«Las instituciones básicas de la sociedad no deben distinguirse simplemente por ser ordenadas y eficientes: ellas deben ser, sobre todo, justas. Y si no lo son, deben ser reformadas o abolidas»*[30].

Pero al respecto, Rawls condiciona la obtención de estos fines a dos aspectos a considerar. El primero de ellos, se basa en la composición del individuo al afirmar: *«cada individuo a de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades (civiles y políticas) para los demás*. Y segundo enfocado más al aspecto del entorno al decir *«las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos*.

---

27 González de la Vega, Ibídem p. 3.

28 Citado por Recasens Siches, Luis. *Panorama del pensamiento político en el siglo XX*, ed. Porrúa, México, 1963, T. I, p. 63.

29 Ídem.

30 Citado por González de la Vega, op, cit, pp. 245 y ss.

En este sentido, Rawls condiciona la condición de justicia, como aquello que cualquier persona pudiera obtener en razón de las pretensiones más amplias posibles. Sin embargo, cuando el individuo se encuentre en un escenario de desigualdad por razones sociales o económicas, el trato no puede traducirse en base a la regla anterior, sino que debe ajustarse atendiendo a estos factores. En términos técnicos esta concepción se conoce como liberalismo igualitario, que demanda al Estado a solventar igualaciones necesarias a través de sus instituciones.

5. El nuevo sistema de justicia penal en México

A pesar de las consideraciones que se pudieran generar en torno al nuevo sistema de justicia penal en México, lo cierto es que posiblemente poco se ha dedicado al impacto que tendrá este sistema en la concepción de la justicia en nuestro país. Sin embargo, debido a la innovación de este sistema, con seguridad, su observancia y problemática en la aplicación del mismo, tienen que provocar una cantidad considerable de estudios jurídicos, sociológicos, económicos o políticos que impactarán considerablemente en la doctrina y más aún en su aspecto legal[31].

Efectivamente, en México se ha iniciado un proceso de cambio del sistema de justicia penal, buscando la mejor alternativa de respuesta del Estado al problema del delito y sus consecuencias. De acuerdo con la reforma Constitucional aprobada por el constituyente permanente, se determinó modificar el esquema que regula el procedimiento ante la autoridad en materia penal, con la finalidad de propiciar mayores garantías ante la intervención del juez.

---

[31] Sin dudarlo se han dedicado una cantidad de obras considerables a estudiar el sistema acusatorio oral, como los son las obras de Acero, Julio. *El Procedimiento Penal*. Cajica. México. 1968, Baytelman A., Mauricio Duce J. *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*. Ibáñez. México. 2007. Botero C., Martín Eduardo. *El Sistema Procesal Penal Acusatorio.* Andrés Morales. Bogotá, Colombia. 2008. Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique. *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* Porrúa. México. 2009. Daza Gómez, Carlos y Torres, Sergio Gabriel. *Principios Generales del Juicio Oral Penal.* Flores. México. 2006. Fierro Gómez, Heliodoro, *Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público,* Tomo II, Leyer, México, 2008. González Obregón, Cristal. *Manual Práctico del Juicio Oral*. Ubijus. México. 2008. Hidalgo Murillo, José Daniel. *Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal*. Porrúa. México. 2009. Laveaga, Gerardo y Lujanbio, Alberto. *Derecho Penal a Juicio*. INACIPE, México, 2007.

La finalidad, según la exposición de motivos de la iniciativa de referencia, es garantizar a toda persona sometida a proceso judicial, el derecho a ser oído, a contrainterrogar testigos, a presentar prueba de defensa y a tener un juicio justo e imparcial, con el objetivo de garantizar los principios constitucionales. En esta reforma integral al sistema de justicia penal en México, se reformaronlos artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123 de la Constitución General de la Republica[32].

Este nuevo escenario ha propiciado sin dudarlo, que se dediquen diversos esfuerzos por las instituciones que se verán afectadas por la reforma de referencia, o en aquellas entidades federativas que derivado del sistema federal, ya habían implementado en esencia el contenido de la reforma en sus ordenamientos internos. Sin embargo, existe un amplio escenario que deberá estudiarse en torno a los diferentes problemas que deriven de este nuevo sistema, situación propicia para una investigación doctoral.

6. A manera de conclusión

El ejercicio del poder público, implica el reconocimiento de ciertos valores que han sido el resultado de una evolución de la convivencia pacífica de los individuos en sociedad. La participación ciudadana en la toma de decisiones, es una forma de gobierno que permite vincular a los individuos de una sociedad, en las esferas más importantes de su vida.

Si el ejercicio del gobierno se ejerce por delegación de todos los individuos de una sociedad, que han alcanzado la madurez para la toma de decisiones a través de la ciudadanía, resulta de una trascendental importancia precisar, que este acuerdo para el ejercicio del gobierno ha sido fruto de un acuerdo que todo pueblo está dispuesto a cumplir, y a refrendar en cada uno de sus procesos electorales, y que por lo consecuente forma parte de las reglas básicas de todo Estado democrático.

Existen en otros estados, una forma de hacer corresponsable a la sociedad, implementando nuevos mecanismos de participación ciudadana o de control del ejercicio del gobierno; sin embargo, para llegar de manera

---

[32] Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgados en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 18 de junio de 2008.

adecuada a los mismos, se requiere de que los individuos a nivel social, tengan cubiertas las necesidades más básicas para generar las garantías suficientes para el ejercicio adecuado de esta responsabilidad social.

En el ejercicio del poder, es necesario que los poderes del estado propicien el sano equilibrio de sus funciones y facultades, de tal forma que se constituyan con la concepción clásica de los frenos y contrapesos, es decir, en el equilibrio en el ejercicio del poder. El implementar en los parlamentos funciones de control del ejercicio del gobierno, representará una oportunidad para transparentar el ejercicio de las funciones públicas, y sin dudarlo, quienes más ganaremos con esta práctica, seremos nosotros los ciudadanos.

Con la finalidad de resolver las diferencias que surgen de la convivencia social, los individuos han decidido delegar en un ser superior en fuerza, como lo es el Estado, la decisión última que deberá acatarse. Pero a pesar de esa superioridad de poderío que tiene el Estado, su decisión no debe ser arbitraria, sino por el contrario, deberá de reflejar una decisión que se ajuste a los parámetros de justicia.

El nuevo sistema de justicia penal y seguridad pública, representará la oportunidad de replantear algunas cuestiones, sin embargo, sólo será posible encontrar las mejores soluciones, una vez que se hayan identificado todos los escenarios posibles, para así después, elegir la más adecuada de éstas en la solución de los conflictos.

Ante el reconocimiento de los derechos humanos, la responsabilidad del Estado deriva en el cumplimiento por parte de sus órganos, de aquellos derechos que son de las personas por el solo hecho de serlo. La cuestión trascendental en el ámbito nacional, radicará en los esfuerzos que se realicen por parte del poder público, para que la sociedad mexicana pueda inconformarse en contra de alguna de las decisiones de sus órganos que vulneren estos derechos,y de las prevenciones que sobre todo ello se implementen para evitar la lesión a los mismos.

La sociedad mexicana del siglo XXI, necesita de que el Estado genere las condiciones para un desarrollo individual adecuado, pero que también atienda a los sectores más desprotegidos, a través de políticas que disminuyan los índices de desigualdad que puedan existir en nuestra sociedad. La formación en los individuos de una educación básica, pueda generar las bases para la actividad laboral se desarrolle de manera adecuada, y propiciar

lo indispensable para el sostenimiento de una familia, y hasta la solución de los problemas de salud.

Sociedades avanzadas han fortalecido las características de los individuos que integran su sociedad, sobre todo con educación y empleo, y los índices de delincuencia y pobreza, se redujeron a índices manejables para las autoridades de esos estados (sociedades europeas como Alemania, Suecia, Suiza, Holanda, Inglaterra entre otros, en América está el caso de Canadá), y problemas secundarios como la salud, fueron atendidos eficientemente por esas naciones.

El ejemplo a seguir esta marcado, las acciones a implementar en el medio y largo plazo, si se hacen en este rubro, contribuirán sin dudarlo al fortalecimiento de la democracia, y con esto, a garantizar la aplicación del principio de justicia, y el respeto de los derechos humanos tanto de los individuos como de las autoridades de nuestro Estado.

La relevancia de las cuestiones descritas en la presente ponencia, se adquiere desde el momento mismo en que una parte significativa de las mismas, se encuentran actualmente en la fase de estudio e investigación en alguna de las tesis doctorales que se están elaborando en el Programa de Doctorado Interinstitucional en Derecho de la Región Centro Occidente de la ANUIES, lo que representa desde mi perspectiva muy personal, una acierto para plantear las posibles soluciones de los grandes problemas jurídicos y sociales de Méxicoa través de una investigación doctoral.

Referencias Bibliográfícas

Acero, Julio. *El Procedimiento Penal*. Cajica. México. 1968.

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*¸ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1993;

Baytelman A., Mauricio Duce J. *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*. Ibáñez. México. 2007.

Botero C., Martín Eduardo. *El Sistema Procesal Penal Acusatorio*. Andrés Morales. Bogotá, Colombia. 2008.

Barthelemy, J. y Duez, P. *Traité elementaire de Droit Constitutionnel*, Dalloz, París, 1926.

Burdeau, G. «Les façadesinstitutionnelles de la démocratiegouvernante», en *Traité de SciencePolitique*, Tomo IX, Ed. Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence, Segunda Edición, Paris, 1976.

Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique. *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* Porrúa. México. 2009.

Carbonell, Miguel, Los derechos fundamentales en México, Cuarta Edición, UNAM-CNDH, México 2011.

Cazorla Prieto, L. M. *Las Cortes Generales: ¿Parlamento contemporáneo?*, Cívitas, Madrid, 1985.

Chimenti. *Ilcontrollo parlamentare n'ellordinamento italiano*, Giuffré, Milán, 1974.

Daza Gómez, Carlos y Torres, Sergio Gabriel. *Principios Generales del Juicio Oral Penal*. Flores. México. 2006.

Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984

Duguit, L. *Traité du Droit Constitutionnel*, IV, segunda edición, París, 1924.

Ferrajoli, Luigui, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

Fierro Gómez, Heliodoro, *Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público*, Tomo II, Leyer, México, 2008.

Galizia, M. *Studi sui rapportifra Parlamento e Governo.*Ed. Giuffré, Milán, 1972.

González de la Vega, Rene. *Justicia e ideología*. Libro electrónico IIJ-UNAM, 2008.

González Obregón, Cristal. *Manual Práctico del Juicio Oral*. Ubijus. México. 2008.

Hidalgo Murillo, José Daniel. *Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal*. Porrúa. México. 2009.

Laveaga, Gerardo y Lujambio, Alberto. *Derecho Penal a Juicio*. INACIPE. México. 2007.

Locke, John *Ensayo sobre el gobierno civil*, Porrúa, México, 2003.

Montero Gibert, J.R. y García Morillo, J. *El control parlamentario*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

Nikken, Pedro. *Estudios básicos de derechos humanos*, t. I, Ed. Instituto Interamericano de derechos humanos, Primera edición San José,

1994, también en su versión de libro electrónico http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1835 IIJ UNAM, 2008.

Nohlen Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico empírico*, IIJ-UNAM y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2003.

Perelman Chaim. *De la justicia*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, libro electrónico IIJ-UNAM 2008, http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=453, Primera Edición en español 1964.

Recasens Siches, Luis. *Panorama del pensamiento político en el siglo XX*, Porrúa, México, 1963.

Rousseau, Jean Jacques *El contrato social*, Porrúa, México, 2006.

Santaolalla, Fernando. *El Parlamento y sus instrumentos de información (preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación)*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1982.

VV.AA. *El Reglamento parlamentario, propuestas de reforma*, coord. Corona Ferrero, Jesús, M., y otros, Parlamento de Cantabria, Santander, 2000.

De la Peña Rodríguez, Luis. «El control parlamentario, Debates generales y monográficos». VV.AA. *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, coord. Luis López Guerra, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

López Ulla, Juan Manuel. «EL control a través de las proposiciones no de ley en el Parlamento de Andalucía». VV.AA. *Anuario Jurídico de la Rioja*. Vol. I. 1995.

Ramírez, M. «Parlamento y opinión pública» VV.AA. *Estudio de Derecho Político. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Vol. I. Tecnos, Madrid, 1997.

Aragón Reyes, Manuel. «La forma parlamentaria de Gobierno en España: reflexiones críticas». VV.AA. La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma, Coordinada por ed. IIJ-UNAM, México 2011, Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro. (coord.) p. 358 y ss.

Carbonell, Miguel, «Las obligaciones del Estado en el artículo 1° de la Constitución Mexicana» Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad»

Virgala Foruria, Eduardo. *La moción de Censura en la Constitución de 1978*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

Referencias Hemerográfícas

Carpizo, Jorge, Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 25 julio-diciembre 2011, p. 4 y ss.

Domínguez Agudo, María Reyes. «El control parlamentario: algunas consideraciones en torno a la función de control en las Comunidades Autónomas», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, no. 11, septiembre-diciembre, 2001.

Fernández Segado, Francisco. «La Cuestión de Confianza: Marco jurídico constitucional y praxis política» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, no. 21, septiembre-diciembre 1987.

Sánchez Agesta, Luis. «Gobierno y responsabilidad» en *Revista de Estudios Políticos*, números. 113-114, 1960.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL:
SU RESPONSABILIDAD SOCIAL E INSTITUCIONAL

ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ

Introducción

La responsabilidad del juez ante la sociedad es enorme, aunque no en todas las ocasiones su valor y arrojo los hace dignos de estima del común denominador de la población. La percepción social de la judicatura en México no es tan buena como se desearía[1], lo mismo sucede en algunos países de Iberoamérica[2]. A pesar del enorme esfuerzo realizado diariamente por el Poder Judicial en distintos países en Iberoamérica, su grado de aceptabilidad y confianza social no es el más óptimo.

Este problema se torna aún más complejo debido a que nos encontramos en una época de crisis de legalidad, debido al descrédito de las instituciones y la desconfianza hacia los actores políticos. Sobre este punto, el gran jurista Otto Bachof afirmaba en uno de sus discursos más famosos lo siguiente: «Ha surgido un sentimiento de profundo malestar y de radical desconfianza frente a la ley, basada en la impresión dominante e imprecisa, aunque no por ello falsa, de que la ley, "en otro tiempo escudo de la libertad y del Derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes"»[3].

Precisamente son las épocas de crisis económicas, políticas y sociales las que ponen a prueba a las instituciones. Alemania es un buen ejemplo

---

1 De acuerdo al IFE y la UNAM, en una escala de confianza del 1 al 10, los jueces obtuvieron apenas por encima de la media, un 5.9. Fix-Fierro, Héctor (Dir.), Flores, Julia (Coord.), *Encuesta Nacional de Cultura Constitucional: legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado*, IIJ-UNAM-IFE, México, 2011. Asimismo, en México, las instituciones que se ubican en los últimos puestos de la escala de confianza son: los partidos políticos y jueces (19 % respectivamente), la policía estatal (17 %) y los agentes de tránsito (16 %). Parametría 2014.

2 Nieto, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Trotta, Madrid, 2012; ÍÑIGUEZ Hernández, Diego, *El fracaso del autogobierno judicial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

3 Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 3.

de ello, durante la Segunda Posguerra, los Poderes Ejecutivo y Legislativo se encontraban deslegitimados socialmente debido a las circunstancias evidentes recién acaecidas durante el periodo totalitario nazi. No obstante, el Tribunal Constitucional supo comportarse a la altura del momento histórico que vivía esta nación. La concreción de los valores y principios plasmados en la Ley Fundamental de Bonn, y la satisfacción del ideal de justicia mediante la innovación en la interpretación y argumentación constitucional dan cuenta de ello[4]. Las decisiones relacionadas con el antiguo derecho nazi, en aras de realización plena de la justicia material y la concreción de los principios y valores del pacto constitucional recién aprobado, pusieron a prueba la institución judicial, cuyo respeto social fue ganado al compás de las decisiones[5].

Se vive una época en la que el derecho es indeterminado, impreciso, vago. Las transiciones democráticas las nacientes Constituciones de la Segunda Posguerra[6], así como el intenso activismo de los Tribunales defensores de las Constituciones, trajeron consigo una imagen positiva para la Magistratura. La tensión existente entre el principio democrático y la supremacía constitucional, así como el argumento contramayoritario, que sostenía que era imposible que el juez tomara decisiones, que a primera vista únicamente corresponden al Parlamento, ha sido desplazada por el modelo de la defensa de la democracia sustancial, empleando la terminología de Ferrajoli[7].

Este trabajo busca dar cuenta del fenómeno de la responsabilidad institucional que tiene el juez en la sociedad. Vivimos épocas confusas,

---

4 Carbonell, Miguel (Coord.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010; DEL REAL ALCALÁ, Alberto, *Interpretación jurídica y Neoconstitucionalismo*, Universidad Autónoma de Occidente-Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Bogotá, 2011; AGUILERA, Portales Rafael, Becerra Rojasvértis, Rubén E., Ortega, Santiago, (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2010.

5 Barber Crosby, Margaret, *The Making of a German Constitution (A Slow Revolution)*, Berg, Nueva York, 2008, p. 7; ZAIDEN BENVINDO, Juliano, *On the Limits of Constitutional Adjudication (Deconstructing Balancing and Judicial Activism)*, Springer, Heidelberg, 2010, p. 31.

6 Thornhill, Chris, *A sociology of Constitutions (Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective)*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 327.

7 Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris (Teoría del derecho y de la democracia), T. 2. Teoría de la democracia,* Trotta, Madrid, 2013, p. 9-13.

disímbolas, de pluralidad y diversidad cultural, donde es complejo compaginar los intereses de determinados grupos en la sociedad, incluso, ante los poderes de facto como los económicos, que tan fuertemente causan impacto en las instituciones[8]. Las sociedades latinoamericanas, con los grupos indígenas; así como el mundo anglosajón y europeo, con el combate al crimen organizado y la irrupción de nuevos Estados de emergencia que en nombre de la seguridad nacional desmantelan los derechos constitucionales[9], la migración, o la crisis económica de ambas y el reacio poder de los agentes económicos en ambos contextos, son ejemplo de la compleja modernidad en la que se debe desenvolver el juez.

El primer punto de este trabajo analiza la legitimación social de los jueces durante la Segunda Posguerra, así como el impacto causado por algunas de las principales decisiones en las que se llevó a cabo el ejercicio de concreción de los principios, en aras de realizar el ideal de justicia material. Acto seguido, explico el estado de cuestión actual en la que debe desenvolverse el juez: un plano de indeterminación normativa, ambiguo, complejo y contradictorio, pero que permite la ductilidad, en aras de preservar esos valores y principios[10].

Posteriormente, se estudia el modelo del juez en el presente siglo: sus cualidades, así como la destreza que debe tener mediante el ejercicio de la discrecionalidad de la que hablan los grandes pensadores de la teoría jurídica clásica y contemporánea. Finalmente, se realiza un examen sobre las distintas facetas de la responsabilidad institucional, relacionadas con la administración de justicia desde el aspecto formal, tales como la no dilación

---

8 Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes (La crisis de la democracia constitucional)*, Trotta, Madrid, 2011.

9 Posner, Richard A., *Not a Suicide Pact (The constitution in a time of national emergency)*, Oxford University Press, Nueva York, 2006; Masferrer, Aniceto (Ed.), Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency (Security and Human Rights in Countering Terrorism), Springer, Dordrecht, 2012; Dysenhaus, David, *The Constitution of Law (Legality in a Time of Emergency)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; Buchanan, Allen, *Human rights (Legitimacy and the use of force)*, Oxford University Press, Nueva York, 2010.

10 Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986; Pérez Luño, A. E., *Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, 2010, p. 50.

de los procesos judiciales, el respeto, la confianza, el correcto funcionamiento de la institución a su cargo, así como las responsabilidades administrativas por error judicial. Exponiendo en la última parte del capítulo mis conclusiones sobre el tema.

1. La legitimación del juez constitucional a partir de la Segunda Posguerra

El modelo del juez burocrático, desarrollado durante el siglo XIX, de acuerdo a la concepción clásica de Montesquieu, en la que éste era la boca muda del legislador es caduco[11]. Igualmente, el argumento contramayoritario donde el juez es incapaz de decidir lo que aparentemente sólo compete al legislador (principio democrático) se encuentra agotada, ya que un presupuesto de los modernos Estados Constitucionales es la tensión entre los principios democráticos y de supremacía constitucional[12]. La defensa del juez de los valores y principios constitucionales, tiene lugar en lo que los teóricos han denominado: democracia sustancial[13].

---

11 Montesquieu, *Del espíritu de las Leyes*, (Introducción de Enrique Tierno Galván y trad. De Mercedes Blázquez y Pedro de Vega), Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2007, p. 183; Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 23.

12 De la Vega García, Pedro, «Constitución y democracia», en A. López Pina (ed.), *La Constitución de la Monarquía parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 43-73; La Torre, Massimo, *Constitutionalism and Legal Reasoning (A new paradigm for the concept of law)*, (Law and Philosophy Library 79), Springer, Países Bajos, 2007, p. 12.

13 Esta misma concepción de democracia ha sido sostenida por distintos autores bajo otros términos, por ejemplo, Norberto Bobbio, se refiere a ello bajo el término de «territorio de lo inviolable» y Carlos Garzón Valdés como «coto vedado». Garzón Valdéz, Ernesto, «Algo más acerca del coto vedado» en *Doxa (Cuadernos de filosofía del derecho)*, no. 9, Universidad de Alicante, 1989, pp. 209-213. Los derechos incluidos en el coto vedado, explica el profesor argentino, son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también <<necesidades básicas>>, en su doble versión de naturales o derivadas. Incluso, en su propuesta están incluidos los derechos de tercera generación, tal y como sucede con la propuesta ferrajoliana. *Vid.* Bobbio, Norberto, «La Regla de la Mayoría: límites y aporías», en Fernández Santillán, José (Comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 268-269.

Una concepción renovada de la constitución, en sentido material, así como una judicatura activa, que defienda los valores socialmente aceptados en una comunidad determinada ha sido el común denominador del éxito de las instituciones judiciales. Es bien conocido el periodo totalitario nazi, donde el predominio de la voluntad política no permitía la plena defensa de la Constitución a través de cauces institucionales independientes y autónomos, debido a la concepción triunfante que en ese entonces desembocó en la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial[14].

Imaginemos la sociedad alemana, convulsionada después de aquélla guerra, devastada política, económica y socialmente, desanimada moralmente y deslegitimada institucionalmente. El primer paso fue el consenso: la consagración plena de la dignidad de la persona humana como principio inalterable e inviolable, mandato dirigido a todos los agentes: públicos y privados[15]. La segunda fase: la creación de instrumentos eficaces para su respeto y protección, a través de cauces institucionales, cualquier otro, como la violencia de cualquier especie, quedaba descartado[16].

Ante este periodo de crisis y desconfianza por parte de los ciudadanos y deslegitimación de Partidos Políticos, se erigió el Tribunal Constitucional

---

14 Lucas Verdú, Pablo, *Manual de derecho político*, V. I, (*Introducción y teoría del Estado*), Tecnos, Madrid, 2001, p. 108; La teoría constitucional del pensador alemán Carl Schmitt sirvió de base y fundamento al derecho nacionalsocialista, son claves para la comprensión del mismo: la dialéctica amigo-enemigo, el decisionismo político, estado de excepción, entre otros. Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid, 2009; *La defensa de la Constitución (Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución)*, (Prólogo de Pedro de Vega), Tecnos Madrid, 1983.

15 Starck, Christian, «Introducción a la Dignidad humana en el Derecho alemán», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 489-497; BENDA, Ernst, «Art. 1 Abs. 1 GG als objektive Rechtsnorm und Grundrecht» en *Gefahrdungen der Menschenwiirde*, Westdeutscher Verlag, Bayern, p. 10.

16 El Caso Schleyer es excelente ejemplo del compromiso institucional del Tribunal Constitucional de ese país, sucedido durante los años setenta. Se trata de la solicitud realizada por el hijo del Presidente de la Federación de Industriales Alemanes, el Dr. Hans Martin Schleyer, secuestrado durante el «Otoño alemán», por la Fracción del Ejército Rojo (RAF), (grupo terrorista) de aquél país. Sus demandas consistían en la liberación de las principales cabecillas del movimiento, que en ese entonces permanecían en una prisión alemana (BVerfGE 46, 160, párr. 12-16).

germano como el defensor de la Ley Fundamental y como uno de los pilares indiscutibles de la naciente democracia[17]. Además, el prestigio generado por este órgano quedó enmarcado dentro de un proceso abierto, incluyente y plural en la interpretación de la Ley Fundamental para resolver agudos problemas sociales[18], generó confianza en la ciudadanía[19]. La aplicación cuidadosa de la técnica judicial a través de de fórmulas sobre el derecho extremadamente injusto en relación con los crímenes del pasado (principalmente del derecho nazi), dan cuenta de ello[20]. Igualmente, en aquellos casos donde se veía involucrada la libertad de expresión, con el fallo Lüth, y la proclamación de un orden objetivo de valores[21], así como el nacimiento del Estado Social de Derecho[22].

---

17 Stern, Klaus, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, West deutscher Verlag, Bayern, p. 7; M. Cruz, Luis, *La Constitución como orden de valores. (Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo)*, Comares, Granada, 2005, p. 23.

18 Haberle, Peter, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en Van Ooyen Robert C. y Mollers, Martin H. W. (Eds.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Springer, Verlag für Sozialwissenschaften, Heidelberg, pp. 35-46.

19 Zaiden Benvindo, Juliano, *On the Limits of Constitutional Adjudication (Deconstructing Balancing and Judicial Activism)*, Springer, Heidelberg, 2010, p. 49; Riedel, Eibe y Wolfrum, Rüdiger (eds.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Springer-Instituto Max- Planck, Heidelberg, 2008, p. 26; Vanberg, Georg, *The politics of constitutional review in Germany*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 111.

20 Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 41-42.

21 La sentencia consistió en revocar el fallo del tribunal estatal de Hamburgo, que había condenado a Lüth a una indemnización civil a favor de Veit Harlan, por considerar los llamados al boicot realizado por el director de una Agencia de Prensa en Hamburgo, Erich Lüth, contra la película «Unsterbiliche Geliebte» (La amada inmortal), del cineasta colaborador del régimen nacionalsocialista, Veit Harlan, no eran amparados por la libertad de expresión. BVerfGE 7, 198, párr. 1 y 27. Henne, Thomas, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005, p. 34.

22 Zacher, Hans F., *Social Policy in the Federal Republic of Germany (The Constitution of the Social)*, Springer-Ministro Federal del Trabajo-Archivo Federal, Heidelberg, 2013, p. 13.

Asimismo, la negativa de conceder el registro a los Partidos Comunista y Nacionalsocialista, por ir en contra del principio democrático, de acuerdo a una interpretación conforme del concepto de necesidad social imperiosa[23]. El juez se legitima entonces a través del paradigma de la racionalidad. Solo aquellas decisiones que son racionalmente aceptables[24], legitiman la labor judicial, no solamente desde el punto de vista institucional, sino social y democrático. Si la Constitución se constituye como el consenso fundamental donde coinciden valores y principios que los ciudadanos han decidido aceptar, por ende, el Tribunal Constitucional es el defensor de los mismos.

Dicho lo anterior, la confianza depositada en una institución como los Tribunales es una gran encomienda, ya que el principal argumento en contra de tan elevada función, es el argumento contramayoritario. Es decir, unos pocos tomando las decisiones que nos toca a todos democráticamente[25]. Cuestiones como la despenalización del aborto, eutanasia, matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo, justiciabilidad de los derechos sociales, entre otras, son algunas temáticas controvertidas en las que la sociedad voltea hacia sus Tribunales y demanda con mayor ímpetu una actitud responsable y madura. Los juicios paralelos por la prensa son ejemplo del debilitamiento institucional que puede ocurrir como consecuencia del flujo suficiente o insuficiente de información[26].

---

23 Sentencia de la Segunda Sala del 2 de marzo de 1977. 2 BvE 1/76. (BverfGE 2, 1-SRP-Verbot). Kommers, Donald P., *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Chicago, 1997; Leowenstein, Karl, «Militant Democracy and Fundamental Rights II», en *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 4, Agosto, American Political Science Association, Washington, 1937, pp. 638-658.

24 Weber, Max, *Economía y Sociedad (Esbozo de sociología comprensiva)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 660.

25 Linares, Sebastián, *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008; Sobre este punto es clásico el debate Kelsen vs Schmitt sobre quien debía ser el defensor de la Constitución: Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 72; Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución (Estudio sobre las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución)*, Tecnos, Madrid, 1983.

26 Persily, Nathaniel, CITRIN, Jack (et. al.) (Eds.), *Public Opinion and Constitutional Controversy*, Oxford University Press, New York, 2008; Kramer, Larry D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004.

Sin embargo, sus decisiones no son parte de lo que podamos decidir o no por mayoría. Su legitimación se deriva de la faceta democrática de la justicia. La democracia sustancial, sostiene Ferrajoli, son aquellas cuestiones relacionadas con los Derechos Fundamentales, que se encuentran exentas de la voluntad mayoritaria y se deben sujetar a un escrutinio estricto del juzgador, que ha sido avalado por el propio poder legislativo[27]. En este sentido, la labor del juez se convierte en un peldaño necesario para el fortalecimiento institucional y democrático.

De esta manera, el juez se legitima cuando su actuación se ajusta al cumplimiento de las siguientes funciones[28].

a) Defensa de la constitución;
b) Custodia del ordenamiento jurídico;
c) Garante del derecho de tutela;
d) Protección de los Derechos Fundamentales;
e) Promoción de los Derechos Sociales.

Ahora bien, este contexto de indeterminación y de conceptos abiertos, tales como los principios, consagrados en las Constituciones contemporáneas, merecen una correcta concreción, a partir del ejercicio de la discrecionalidad judicial, conforme a un adecuado ejercicio de la interpretación y argumentación jurídica. De lo contrario, la labor en la judicatura quedaría reducida a una faceta de autoridad formal y jerárquica. De acuerdo a ello, en la siguiente sección me dedico a realizar un análisis sobre ello.

1.1. El nuevo constitucionalismo y la indeterminación normativa

Al contrario de las normas ordinarias, la Constitución contiene un denso contenido fragmentario, indeterminado y complejo. Su concepción se adhiere al modelo de Constitución como un orden marco, donde se fijan

---

27 Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris (Teoría del derecho y de la democracia), T. 2. Teoría de la democracia,* Trotta, Madrid, 2013, p. 9-13.

28 Bandréz Sánchez-Cruzat, José Manuel, «Las funciones y los poderes del juez en una sociedad democrática», en *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, T. III. (*La función y los poderes del juez en una sociedad democrática*), Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 150.

las reglas procedimentales para el proceso de acción y decisión política[29]. Al respecto, el profesor Böckenförde explica.

> Un contenido normativo vinculante no se puede obtener de un texto normativo marco, vago, como es típico para la mayoría de las normas constitucionales, sin recurrir a una teoría de la Constitución (teoría de los derechos fundamentales), a su vez obligatoria, a la que se corresponda la función de directriz normativa para la interpretación.
>
> […]
>
> El análisis de los diferentes métodos de interpretación indica que el punto decisivo para un fortalecimiento o una recuperación de la normatividad de la Constitución –cuando esta es requerida- no descansa en una depuración y meditación metodológica de los singulares pasos interpretativos, por muy importante que estos sean. Más bien, radica en la orientación de la interpretación a un concepto de Constitución, o más exactamente, a una teoría de la Constitución que sea capaz de consignar puntos de vista orientadores y estructuras fundadas en ellos para la interpretación[30].

Luego entonces, es posible afirmar que todo proceso de concreción de normas de derechos fundamentales trae consigo una concepción de una determinada teoría constitucional, luego entonces, esto implica una visión sustancialista de la teoría constitucional. La indeterminación, imprecisión y vaguedad de las normas jurídicas son características inherentes a este proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Desde una óptica legalista, se podría afirmar que estas cualidades representan síntomas negativos, sin embargo, considero que este proceso debe ser visto como un elemento positivo para abonar hacia el respeto a la pluralidad y la coexistencia de valores, que en ocasiones, no son suficientes de aprehender por el legislador al momento de elaborar las normas jurídicas.

---

[29] Bockenforde, Ernst-Wolfgang, «Los métodos de la interpretación constitucional - Inventario y crítica» en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Prólogo de Francisco J. Bastida, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos, Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 13-43.

[30] *Ibíd.,* pp. 34-37.

El jurista Fuller, ha puesto de manifiesto dicha situación, afirmando la existencia de 8 principios de legalidad que integran la moral interna del derecho como aspiración ideal de concreción en un sistema jurídico. Entre ellos, se encuentran los siguientes: precisión y claridad en la ley, generalidad, promulgación, irretroactividad, ausencia de contradicciones en la legislación, fines posibles a seguir por las normas, estabilidad del derecho a través del tiempo al objeto de que sirva de guía de conducta a sus destinatarios y la congruencia entre la ley oficial y la declarada por los tribunales[31].

La doctrina de la completitud del derecho ha tenido un fuerte arraigo en nuestros sistemas de tradición jurídica romano-germana. La idea de plenitud se presenta como un encanto del formalismo jurídico, a manera de espejismo, donde existen soluciones posibles a todos los casos que se presentan al intérprete judicial. Esta visión de coherencia, unidad y plenitud del ordenamiento jurídico guarda relación intrínseca con la concepción misma de Estado y el respeto al proceso de creación de las normas. En Kelsen, esta visión adquiere vigencia a partir de su enfoque mismo de Estado, así como en la construcción de su teoría del derecho sobre las normas jurídicas, la idea de coherencia y plenitud de las mismas, donde las lagunas conforman una ficción más dentro del positivismo jurídico, ya que el operador debe ajustarse a encontrar la respuesta dentro del mismo ordenamiento.

Ahora bien, en contraposición a esta visión determinista y hermética, se encuentra la doctrina de la indeterminación de los sistemas jurídicos. Dicha exposición, encuentra su mejor representante en las ideas sobre la reformulación del positivismo jurídico, a partir de la aceptación conceptual entre el derecho y la moral, en autores como Hart[32]. La afirmación sobre la tesis de la incertidumbre del profesor de la Universidad de Oxford es muy clara: «la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses»[33]. Entonces, surge la necesidad de que el intérprete goce de un margen de actuación, al no contar con reglas

---

31 Fuller, L. L., *La moral del derecho*, Trilas, México, 1967, p. 56 y ss.

32 Bix, Bryan, Law, *Language and legal determinacy*, Clarendonn Press, Oxford University Press, New York, p. 19.

33 Hart, L. A., *El concepto del derecho*, (trad. de Genaro R. Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 160.

claras y el desconocimiento de los hechos futuros, así como la imprevisibilidad del propio sistema normativo.

Tenemos ante nosotros dos paradigmas en apariencia contradictorios. El primero, pugna por encontrar en el propio ordenamiento la solución a todos los casos posibles; mientras que el segundo, admite la posibilidad de creación del derecho por los propios Tribunales. El desplazamiento paulatino del antiguo modelo de Estado de Derecho, y la sustitución del mismo por el Estado Constitucional moderno, son elementos clave para la revaloración de los textos jurídicos.

Mientras que en el primer modelo, se expresa el sometimiento del mismo a un conjunto de normas e instituciones jurídicas; en el Estado Constitucional tiene vigencia la aplicación y eficacia directa de la Norma Fundamental en el resto del ordenamiento jurídico[34]. En tal sentido, los jueces deben ser garantes del principio democrático y el normal funcionamiento de los organismos judiciales. Ineludiblemente, su actividad se enmarca en la discrecionalidad judicial, es decir, en el margen de maniobra que tiene el operador judicial al momento de concretar las normas, así como el empleo de una teoría de principios, cuya función primordial consiste en brindar un marco de orientación para resolver los conflictos políticos y sociales, a partir de la interpretación de estos principios y siguiendo las pautas del razonamiento jurídico[35].

Esta exigencia no es únicamente del juez constitucional, sino que ha sido extensamente difundida por los Tribunales supranacionales a cada uno de los intérpretes y aplicadores de las normas, y con mayor razón, en lo concerniente a los derechos fundamentales, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el control de convencionalidad[36],

---

34 Schneider, Hans Peter, «Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales» en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 71-115; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (4ª reimp.), Civitas, Madrid, 2001.

35 Von Bogdandy, Armin, «Constitutional Principles» en VON BOGDANDY, Armin y BAST Jürgen, (Eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 5-6.

36 Al respecto, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SCIDH): Almonacid Arellano (26 de septiembre de 2006, considerandos 124 y 125). Seguida

y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), a través del control del derecho comunitario por cualquier juez[37].

2. El modelo de juez constitucional del siglo XXI: defensor de valores y principios

Una de las características fundamentales de las sociedades modernas es el pluralismo político y axiológico, el cual ha permeado los sistemas constitucionales y legislativos contemporáneos. En la modernidad, el profesor

---

por los casos: Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros c. Perú, 24 de noviembre de 2006, considerando 128); La Cantuta (29 de noviembre de 2006, considerando 173); Boyce vs. Barbados (20 de noviembre de 2007, considerando 78) ; Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes (9 de mayo de 2008, considerando 63) , Heliodoro Portugal (12 de agosto de 2008, considerandos 180/1) ; Radilla Pacheco, (23 de noviembre de 2009, considerando 332) ; Manuel Cepeda Vargas (26 de mayo de 2010, considerando 208); Comunidad Indígena Xákmok Kásek (24 de agosto de 2010, considerando 311) ; Fernández Ortega (30 de agosto de 2010, considerando 237); Rosendo Cantú (31 de agosto de 2010, considerandos 219 y 220) ; Ibsen Cárdenas y otro (1o. de septiembre de 2010, considerando 202) ; Vélez Loor (23 de noviembre de 2010, considerando 287) ; Gomes Lund (24 de noviembre de 2010, considerando 176) ; Cabrera García-Montiel Flores (26 de noviembre de 2010, considerando 225); Caso Gelman vs Uruguay (sentencia de 24 de febrero de 2011, considerando 193; Caso Chocrón vs Venezuela (sentencia de 1 de julio de 2011, considerando 164); Caso López Mendoza vs Venezuela (sentencia de 1 de septiembre de 2011, considerando 226); Caso Fontevecchia y Caso D'amico vs Argentina (sentencia de 29 de noviembre de 2011, considerando 93); Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile (sentencia de 21 de noviembre de 2012, considerando 282).

37 Caso: Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, párr. 24; Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011; Ripol Carulla, Santiago, «Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 79, Madrid, 2007, pp. 309-346; Sánchez Legido, Ángel, «Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 33, año 11, Madrid, 1991, pp. 175-207; Diez Picazo, Luís María, «El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 54, año 18, Madrid, 1998, pp. 255-272.

alemán Peter Häberle advierte que la interpretación constitucional debe ser un proceso abierto, pedagógico-social, a través de la enseñanza de valores como la ética social, tolerancia, democracia, dignidad humana, solidaridad, dándole al ciudadano un sentido de pertenencia a su comunidad mediante la pluralidad[38]. Inclusive, el profesor de la Universidad de Bayreuth, considera a la cultura como un elemento más del Estado[39]. Su visión de la Constitución como parte de la cultura es otra de las originalidades de su planteamiento, dado que es en ésta donde se plasman valores y principios que la sociedad, en un consenso, ha decidido asumir como propios[40].

Un Estado Constitucional de Derecho no puede soslayar el aspecto plural de la sociedad. Por lo que la visión dúctil y flexible del derecho presentada por el autor italiano Gustavo Zagrebelsky, puede aportar luces sobre las visiones que hoy en día son tomadas en cuenta por los jueces al momento de resolver conflictos donde están involucrados principios y valores constitucionales, en los cuales no es suficiente la aplicación mecánica de reglas, sino la ponderación de los valores en conflicto y el sacrificio menos excesivo de otros, en aras de optimizar, para obtener mejores resultados[41].

Una de las características fundamentales de ese Constitucionalismo contemporáneo es la existencia de principios, más allá de la aplicación de reglas de manera mecánica en casos difíciles. La ductilidad de la Constitución reside en esa coexistencia de valores y principios, cuyo cometido principal es la unidad y la integración. En este sentido, el jurista italiano afirma lo siguiente[42]:

---

38 Haberle, Peter: El Estado Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 1ª ed. 2001, pp. 149-156.

39 Haberle, Peter, *o*p. cit. p. 21.

40 Haberle, Peter: Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, Tecnos, Madrid, 2000, p. 33.

41 Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009; Bernal Púlido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009; Sieckmann, Jan-R (Ed.), *Derechos Fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la Teoría Jurídica De Robert Alexy*, Comares, Granada, 2011; Sieckmann, Jan-R, *El modelo de los principios del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

42 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 17 y 153.

> La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten -conceptos- mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos aunque con ciertos movimientos de oscilación [...] ya que los jueces son garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado Constitucional, de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia.

Esta acepción se encuentra dirigida en contra del denso formalismo todavía existente en muchos de nuestros sistemas jurídicos, que han soslayado el aspecto ético (inherente) de las normas constitucionales. La virtud principal del juez en la actualidad, es precisamente garantizar la coexistencia de estos tres elementos: ley, derecho y justicia, a través de métodos de interpretación cada vez más dinámicos, y acordes a la realidad social del momento. Por consiguiente, el concepto de Estado de Derecho, se debe orientar hacia una dialéctica del proceso judicial, siempre inacabado e históricamente abierto.

Particularmente, la historia constitucional, según él autor italiano, debe servir como base fundamental para dotar de sentido y comprender las aspiraciones y necesidades de nuestra época, ya que la tradición romano-germana ha estado impregnada por un positivismo jurídico y un formalismo jurídico a ultranza, que ha debilitado e impedido el fortalecimiento y consolidación de los procesos constitucionales. Sobre este punto sostiene: «La historia constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro»[43].

A través del empleo del método de la historia constitucional, el autor hace un recorrido sobre los tres grandes movimientos liberales de Declaración de Derechos, afirmando la influencia de las tres grandes corrientes del pensamiento político moderno: el liberalismo, el socialismo y el cristianismo social[44]. Su crítica se dirige en contra de la concepción reduccionista y desligada del derecho a la realidad, así como al fundamento estatalista y de culto al legislador, a partir de una visión flexible de los derechos como principios y su aseguramiento por medio de su aplicación

---

43 Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005, p. 91.

44 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 73.

judicial. De esta manera, uno de los rasgos característicos del constitucionalismo actual, consiste en la fijación de normas constitucionales y principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico[45].

Y es precisamente pasada la Segunda Guerra Mundial, cuando inicia el replanteamiento conceptual y material en torno al modelo estatalista de derecho, donde las constituciones van a representar «el intento por recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo»[46]. De manera que la Constitución deja de ser solo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores, «una norma directiva fundamental»[47].

> Los jueces continúan cultivando la idea anacrónica de sí mismos, como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos válidos en cuanto tales, alejándolos de las expectativas que la sociedad pone en ellos sin recibir respuesta.
>
> …
>
> El legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como partes del derecho, y no como todo el derecho. Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte Constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico[48].

La construcción conceptual del derecho dúctil contiene una fuerte crítica en contra del formalismo rígido y de la aplicación mecánica de reglas para resolver los duros y difíciles conflictos donde se involucran principios y valores constitucionales. «El derecho como disciplina práctica está anclado a la realidad»[49]. Los principios no determinan el ordenamiento sólo a través de derivaciones deductivas que imiten torpemente a las ciencias lógico-formales. Zagrebelsky se adhiere a una visión principialista del derecho, a

---

45 *Ibíd.*, p. 93.

46 Fioravanti, Maurizio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, p. 163.

47 Fioravanti, Mauricio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000, p. 133.

48 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 110. p. 121. p. 124. p. 150. p. 153.

49 *Ibíd.*, p. 113.

partir de una dogmática constitucional flexible, y una sistematización estricta a partir del método histórico-constitucional, así como una comprensión de los fenómenos que han incidido en el mismo. Por consiguiente, se encuentra a favor de una discrecionalidad judicial, misma tesis que explicaré a continuación.

2.1. La discrecionalidad judicial en la concreción de valores y principios

¿Qué tipo de jueces queremos en nuestras sociedades? Es una de las constantes interrogantes de nuestras democracias contemporáneas ¿Un juez activo, dinámico, protagonista de los problemas que son sometidos a su conocimiento? O, ¿un juez reservado, que se limite a la «aplicación» de la ley en un sentido estricto, y sea respetuoso del principio democrático, dejando las decisiones a las mayorías parlamentarias electas a través de procesos democráticos? ¿En qué medida exigimos al juez (como sociedad), cumplir con su responsabilidad si no se otorga un voto de confianza a su quehacer (también) democrático?

La teoría jurídica clásica y contemporánea ha evaluado desde distintas perspectivas la actividad judicial. En este sentido, es útil la visión que ofrecen autores como Kelsen, Dworkin, Hart y Endicott, quienes permiten debatir con mejores argumentos, el ejercicio de la discrecionalidad judicial, en aras de que el juez preserve los valores y principios que le son encomendados en su función por la sociedad que democrática y consensualmente ha aprobado en su texto constitucional. Desde la doctrina de la Constitución como marco, explicaré a continuación algunas de las principales corrientes que explican este fenómeno, de acuerdo a los autores enunciados arriba.

2.1.1. La discrecionalidad judicial en Kelsen y Dworkin

Primeramente, considero preciso aclarar el punto relativo a la confrontación entre los dos pensamientos que expondré a continuación. La razón es muy sencilla, a pesar de que nos encontramos ante dos autores, que en apariencia resultan incompatibles, ya que, mientras Dworkin pugna o defiende un liberalismo político e incluso sostiene posturas iusnaturalistas, contrarias al positivismo jurídico (aunque éste se declare: no-iusnaturalista); por otra parte, Kelsen está a favor de una metodología positivista, donde

subsisten incluso elementos de la filosofía kantiana. Por ende, la intención en este apartado es sostener la idea que en ambos persiste es la defensa de la tesis de la completitud del derecho, y por consiguiente, la negación de que éste sea indeterminado.

Si bien, este hallazgo se encuentra por caminos bastante distintos[50]. Es decir, en Kelsen será la «doctrina como marco»; y por otra parte, en Dworkin, su construcción teórica entre los derechos como principios, y su distinción entre las directrices y las reglas, así como su empleo por el juez al momento de enfrentarse a casos difíciles y la posibilidad de que en ellas puede encontrar la solución a todos ellos, será entonces la tesis de completitud la que tendré en cuenta al momento de analizar, en primer término la postura del jurista vienés Hans Kelsen, y en segundo término, la visión de Ronald Dworkin, y así fijar paralelismos en torno a la indeterminación y completitud en el derecho.

En principio, el jurista austriaco, defensor y máximo representante del positivismo jurídico durante el siglo pasado, defendía la tesis de la separación radical entre el derecho y la moral, con la intención de elaborar una *teoría del derecho* «purificada de toda ideología y de todo elemento científico-natural»[51]. El punto fundamental en su teoría, descansaba en obtener un conocimiento orientado únicamente en el derecho. De esta manera, su objetivo era «evitar un sincretismo metodológico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto»[52].

La teoría de Kelsen se va construyendo en varias etapas o fases, algunas más acentuadas que otras en la influencia del pensamiento kantiano por ejemplo, tal y como lo ha subrayado Bulygin: *fase en la coexisten elementos kantianos y positivistas sin conciencia de su antagonismo de fondo* (hasta 1940), un *fase de transición* (1940-60) y una *fase puramente positivista* (a partir de

---

50 Del Real, J. Alberto, «¿'Paradoja' de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 15, 2007, p. 7.

51 Kelsen, Hans, «Prólogo a la primera edición» de *Teoría Pura del Derecho*, (traducción del original en alemán por Roberto J. Vernego), Porrúa, México, 2003, p. 7.

52 Kelsen, Hans, «Prólogo a la primera edición», *op. cit.*, p. 7.

1960)[53]. La *teoría del derecho* brinda un esquema de interpretación y explicación del modelo normativo, a partir de la construcción conceptual de sus distintas figuras, como la norma jurídica fundamental, la cual dota de validez al resto del ordenamiento jurídico. Este intento por crear una teoría pura del derecho ha merecido serias críticas en torno a su pretendida *pureza*, en el sentido de ser así misma «impura», ya que «valora opciones metódicas y propugna como mejor una de ellas; en cuanto que incluso se presenta a sí misma como teoría una de ellas, como es el positivismo»[54].

Es el derecho positivo donde el operador jurídico debe encontrar todas las respuestas, incluso, ante la existencia de conflictos entre normas, resolverá a partir de principios que el propio derecho positivo brinda, «el conflicto entre normas no es una contradicción lógica, la derogación que resuelve el conflicto no es un principio lógico- como lo creía la jurisprudencia tradicional-sino, la función de una norma de la moral positiva, especial, de una norma del derecho positivo»[55]. En caso de existencia de lagunas, el jurista debe actuar o debe asumir una posición un tanto engañosa, es decir, debe actuar «como si» aquéllas no existieran, por consiguiente, debe pensarse en el sistema como un conjunto coherente y ausente de imperfecciones. De acuerdo a esta concepción, los jueces comulgarían con dicha acepción ideológica de que están atados a la ley, de modo que: «la mayoría de las veces ni siquiera serán conscientes de que lo que llaman laguna en realidad no existe como tal y es algo que ellos mismos crean para sustraerse a una decisión que parece gravemente inconveniente»[56]. Así, la idea de sujeción a la ley, será una creencia fuertemente arraigada durante el desarrollo del positivismo jurídico.

Existe un debate en torno a si la teoría del derecho de Kelsen contiene una tesis de la completitud o indeterminación del derecho. Si bien es cierto, que el jurista vienés distingue entre normas generales e

---

53 Buligyn, E., «An Antinomy in Kelsen´s Pure Theory of Law», en *Ratio Iuris*, nº3, Blackwell Publishing Ltd, Oxford, 1990, p. 31.

54 García Amado, Juan A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 145.

55 Kelsen, Hans, *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, 1994, p. 132; BINDDREITER, Uta, *Why Grundnorm? A Treatise on the implications of Kelsen´s Doctrine*, Kluwer Law International, London, 2002, p. 143.

56 García Amado, Juan A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 159.

individuales para diferenciar entre el carácter de cada una de ellas y su aplicación a los casos en concreto[57], además de abordar el aspecto interpretativo en varias de sus obras, también ha sostenido una visión un tanto arraigada sobre la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico. Más bien, su postura se ha centrado hasta cierto punto, en determinar que era en el propio ordenamiento jurídico donde debían encontrarse todas las respuestas a los casos planteados.

En este sentido, la doctrina de Kelsen, sostiene entonces una tesis de completitud del derecho, debido a que éste niega la posibilidad de que existan lagunas en el ordenamiento jurídico, además de una tenue y leve discrecionalidad del operador jurídico. Ahora bien, esta idea de completitud del derecho guarda íntima relación con su concepción de Estado. Al respecto, el jurista de Viena afirmará: «… el Estado como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad […] Si el Estado es un sistema normativo, tiene que ser el orden jurídico positivo, pues es imposible admitir junto a éste la validez de otro orden cualquiera»[58].

Asimismo, su idea de interpretación forma parte de la *doctrina como marco*, consiste en que el sistema jurídico provee, para sí y para los casos judiciales, todas las respuestas a partir del propio ordenamiento. En tal sentido, admite que la jurisdicción es un acto de creación y producción del derecho, tal y como sucede con el proceso legislativo, este significará «una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho»[59]. Sin embargo, su posición en torno la teoría de las lagunas en el ordenamiento jurídico es equiparable a una ficción, ya que «es lógicamente posible, aun cuando algunas veces resulte inadecuado, aplicar el orden jurídico en el momento de fallar»[60]. De acuerdo a ello, la teoría de las lagunas será calificada como «errada» por el propio profesor austriaco.

---

57 Kelsen, Hans, *Teoría General de las Normas*, *op. cit.*, p. 25

58 Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, (trad. de Luis Legaz y Lecambra), (Edición y estudio preliminar «Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen», de José Luis Monereo Pérez), Comares, Granada, 2002, pp. 26-27.

59 Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, p. 389.

60 Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, (trad. de Eduardo García Máynez), UNAM, México, p. 177.

> Reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. En el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación del derecho.
>
> …
>
> el legislador, para limitar esa autorización otorgada al tribunal, que reputa inevitable, recurra a la ficción de que el orden jurídico válido no puede ser aplicado en ciertos casos, no por razones subjetivas, moral-políticas, sino por razones objetivas, lógicas, y que, por ende, el juez sólo debe actuar como legislador cuando el derecho exhibe una laguna[61].

Otros autores se han pronunciado sobre la negativa de, si en la teoría del derecho de Kelsen pueda encontrarse alguna especie de tesis de indeterminación, ya que el mismo jurista había negado la existencia de casos indeterminados, y que, en caso de existir, podrían ser resueltos ajustándose al propio ordenamiento jurídico[62]. Luego entonces, la teoría del derecho de raíz kelseniana sostiene los caracteres de eficacia, coactividad, unidad, coherencia del ordenamiento jurídico, cuya validez depende directamente de la norma presupuesta, es decir, de la Norma de Validez Fundamental.

Reitero, el paralelismo entre la doctrina de Kelsen y Dworkin pretendo encontrarlo en la idea de completitud y no en su postura ideológica en torno a la fundamentación filosófica de sus postulados. Cabe aclarar que la visión teórico-política de Dworkin podría quedar inscrita bajo el esquema neoiusnaturalista[63]. El jurista de Oxford, se adhiere a una postura crítica de los derechos como: «criaturas de la moralidad». La posición que adopta es de derechos morales en contra del Estado, cuya exigencia se centra en

---

61 Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 1993, p. 255

62 Del Real, J. Alberto, «¿'Paradoja' de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica», p. 7.

63 Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Editorial Tebar, Madrid, 2007, pp. 36-37.

«una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética»[64]. Los principios morales y jurídicos tienen un papel preponderante en el razonamiento de los jueces para la solución de casos difíciles[65].

De igual forma, postula el modelo del Juez Hércules, quien debe ejercer una discrecionalidad fuerte, ya que se encuentra obligado a encontrar todas las respuestas, dentro del ordenamiento jurídico, así como el empleo de los principios para la solución de casos, su «…interpretación debe adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad, lo que implica una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política»[66]. El empleo de la teoría política como un instrumento en la resolución de casos y el logro de la justicia, es fundamental dentro de su teoría[67].

El jurista se acerca más a la idea de la completitud que de la indeterminación, toda vez que es precisamente su modelo de discrecionalidad judicial, el que es capaz de encontrar todas las soluciones posibles a partir de la integración y la interpretación en base a principios. La teoría dworkiniana defiende un antipositivismo jurídico que alega la completitud del derecho, pues el modelo de juez pugnado por el propio autor se ancla bajo un esquema de indeterminación, pero pide ser tratado «como si» tuviera todas las respuestas[68]. Sobre este punto, sus críticos afirman:

> El fundamento del procedimiento hercúleo es la *conexión conceptual* entre el Derecho y la moral, a partir de una *teoría de las fuentes del Derecho* inclusiva del Derecho *explícito* y de los contenidos *implícitos* del Derecho legislado, desde la que deriva,

---

64 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 1999, pp. 230-233.

65 Dworkin, Ronald, *The moral reading of the american Constitution*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, p. 3.

66 Dworkin, Ronald, E*l imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Madrid, Ariel, 1999, p. 267.

67 Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 2011, p. 1.

68 Del Real, J. Alberto, «La ´doctrina de la completitud´ del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo», en VV. AA., *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba* 4 volúmenes, volumen II, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 428.

y proclama, que el sistema jurídico siempre ha previsto una respuesta «correcta» para cualquier controversia jurídica actual o posible[69].

Esta teoría brinda la posibilidad de encontrar la respuesta a partir del empleo en la interpretación de las reglas y los principios. Cuando el iusfilósofo americano trata de responder a la cuestión de si el derecho es un sistema de reglas, contesta negativamente y pretende justificarlo, afirmando que en un sistema jurídico se constituye a partir de una visión reduccionista del positivismo jurídico, pero que la misma requiere ser ampliada, a partir de estándares propios del poder legislativo, las cuales constituirán las directrices políticas, es decir, aquéllos objetivos que pretenden ser alcanzados, debido a que éstos implican una mejora en el campo económico, político o social de la comunidad.

Ahora bien, cuando se refiere a los principios, explica que éstos constituyen exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad, cuya pertenencia al derecho queda justificada en razón de su contenido, debido a que constituyen un núcleo básico del sistema jurídico. La diferencia entre las reglas y los principios, reside en la forma en que se resolverán los posibles conflictos o antinomias normativas. Es decir, cuando dos principios se encuentren en conflicto, dentro de un sistema constitucional, será necesario resolver apelando a consideraciones que incluso trascienden a la norma misma, tomando el peso de cada principio en colisión. En sentido contrario, las reglas operan en el sentido del «todo o nada». Es decir, tienen aplicación o no, mientras que los principios son el fruto del acto, de la creación o invención del jurista que resuelve[70].

Bajo este contexto, Dworkin también elabora una crítica severa en contra del modelo de su antecesor Hart, en el sentido de atacar la idea de la creación del derecho a través de una textura abierta del lenguaje normativo y la discrecionalidad judicial. Su crítica se centra en varios aspectos, sosteniendo básicamente lo siguiente[71].

---

69 Del Real, J. Alberto, «La ´doctrina de la completitud´ del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo», *op. cit.*, p. 443.

70 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 60 y ss.

71 Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 48.

a) es antidemocrática, ya que altera el régimen de división de poderes instalando al juez, en lugar del legislador;

b) es injusta, desde que propone la aplicación retroactiva del derecho, dado que ex post facto, se aplica a una solución, y

c) contradice el lenguaje de los juristas, ya que los justiciables acuden a los tribunales no a pedir que se les cree derecho, sino a que se les reconozca.

De acuerdo a esto, es posible encontrar, incluso para los casos difíciles, la respuesta correcta. Para lograr lo anterior, pugna por el modelo del juez Hércules, a través de la fusión de la teoría de la ética y la teoría constitucional. La visión neoiusnaturalista que sostiene Dworkin, influye sin duda alguna, en la visión de la resolución de casos. Para él, los conflictos ante la justicia constitucional representan exigencias de principios morales y no otra cosa, de tal suerte que el derecho debe ser compatible con los principios de la moralidad política, lanzando, como ya lo hemos dicho previamente, atrevidas propuestas sobre una posible fusión entre la teoría de la ética y la teoría constitucional[72]. En el siguiente apartado, analizaré la tesis de la indeterminación desde dos perspectivas iusfilosóficas contemporáneas.

2.1.2. La discrecionalidad judicial en Hart y Endicott

En este apartado he decidido plantear un paralelismo entre las tesis de la indeterminación que son defendidas por los autores Hart y Endicott. Cabe advertir que ambos pueden ser ubicados en el paradigma donde el parlamento no es soberano, ya que su autoridad se encuentra subordinada a los principios fundamentales del common law, así como la función en la tradición de precedentes judiciales iniciada mediante el judicial review por el juez Edward Cocke[73].

El primero, autor de la obra «El concepto del derecho», sostiene una visión de un juez con un moderado poder discrecional para resolver casos judiciales, a través de un replanteamiento del positivismo jurídico, y la aceptación y reconciliación explícita entre el derecho y la moral que habían

---

72 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 230 y 233.

73 Goldsworthy, Jeffrey, *Parliamentary sovereignty (Contemporary Debates)*, Oxford University Press, Nueva York, 2010, p. 1.

permanecido por décadas soslayadas, debido al fuerte arraigo del método positivista de corte kelseniana. Por otra parte, está Endicott, autor de «La vaguedad en el derecho», sostiene una postura bastante peculiar, en torno a la vaguedad como condición inescindible de los sistemas jurídicos. En este sentido, ambos defienden y pugnan por la idea del derecho incierto e indeterminado, a través de caminos no tan distintos, como presentaré a continuación.

La rehabilitación del análisis entre la moral y el derecho que realiza Hart, es primordial para tener una comprensión holística e integral del fenómeno en cuestión. La noción de jurista de Oxford no tiene que ver con un sistema de reglas (teoría de interpretación), su noción es, más bien, una dirección a tres aspectos: el Derecho, la coerción y la moral[74]. En todos los casos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje. Existen en igual medida, casos obvios, fáciles, que aparecen en contextos similares, donde las expresiones normalmente son claramente aplicables. Sin embargo, también existen casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no. Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana presentan a diario, y que sólo exhiben algunas características del caso obvio, mientras que les faltan otras[75].

En un principio, Hart se lanza en contra del formalismo jurídico, advirtiendo que este fenómeno se trata de la incapacidad del operador jurídico para individualizar las reglas a cada caso, «consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida»[76]. De acuerdo a lo anterior, identifica una «zona de penumbra», donde serán ubicados los *borderline cases,* es decir, fuera del ámbito de aplicación de las reglas[77]. Sobre esta tipología podríamos destacar los casos marginales, dudosos, indeterminados y difíciles.

---

74 Hart, H. L. A. (1992) *El concepto de Derecho,* [traducción: Genaro R. Carrió], Abeledo-Perrot: Buenos Aires, Argentina, 1961, p. 33.

75 Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho, op. cit.*, p. 158.

76 Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho, op. cit.*, p. 161.

77 Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho,* (traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán), IIJ-UNAM, México, 2000, p. 54.

Frente a los «casos difíciles» no será suficiente la formulación del problema jurídico en base a reglas, sino que es indispensable el razonamiento a partir de principios y valores. Esta visión conduce hacia un positivismo más incluyente, aceptando incluso que el derecho positivo debe incluir algún grado de moralidad. Dicho lo anterior, las posiciones en torno a este debate se han agrupado entre quienes defienden el positivismo jurídico en sentido amplio (coactividad, legislativa e imperativa) y quienes se adhieren a un positivismo jurídico en sentido estricto (coherencia, plenitud y mecanicidad)[78].

La concepción de Hart sobre el sistema jurídico se encuentra en contra de la posición hermética del derecho. La idea de la textura abierta y los conceptos jurídicos indeterminados dan posibilidad al intérprete sobre toda una gama de casos dudosos, donde los jueces tienen la posibilidad «discrecional» acerca de los intereses que se encuentran en conflicto en cada caso en particular, de ahí el área de creación del derecho por los Tribunales, a partir de las reglas dadas a cada caso en particular. Aquí es donde tiene su arraigo el constitucionalismo de principios, al que me referido en líneas previas. La necesidad de concreción de las normas a través de herramientas que permitan al operador asignar su correcto significado, es una de las tareas más complejas en la interpretación y la argumentación jurídicas.

Continuando con esta idea, se encuentra a otro de los autores más significativos y originales de la filosofía del derecho contemporánea. Se trata del pensamiento jurídico del autor Timothy Endicott. Su postura inicial se centra en la idea radical en que la vaguedad es la primera fuente de indeterminación jurídica siguiendo la l. Sobre este punto afirma lo siguiente.

> Las leyes pueden ser precisas, pero un sistema jurídico sin leyes vagas es imposible. La razón es que cualquier sistema jurídico necesita regular de un modo general una gran variedad de actividad humana […] los estándares abstractos son vagos, y el Derecho de una comunidad necesariamente incluye estándares abstractos.

---

78 Moreso, José Juan, *Legal indeterminacy and constitutional interpretation*, Springer, Dordrecht, 1998, p. 170. Moreso, José Juan, Navarro, Pablo y Redondo, Cristina, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, Fontamara, México, 2002.

> […]
>
> Hay una razón final de por qué el Derecho debe ser vago: la regulación de la vida de la comunidad no puede proceder sin considerar a los seres humanos responsables de las acciones[79].

Es decir, la *vaguedad* se convierte en un rasgo imprescindible y hasta *necesario* del propio derecho. De acuerdo con lo anterior, la teoría interpretativa «debe aceptar la indeterminación del derecho como un resultado de la vaguedad en las consideraciones que son relevantes para emitir un juicio.» Es decir, aquélla no debería negar la indeterminación del derecho, sino todo lo contrario[80]. La vaguedad no debe reducirse al aspecto meramente lingüístico, ya que el proceso de interpretación es más que resolver indeterminaciones en el derecho, implica entonces una «atribución de intenciones de comunicación fácticas o contrafácticas»[81], esta será una de las diferencias perceptibles de éste en relación con la tesis de Dworkin.

Siendo por consiguiente la vaguedad un rasgo esencial del derecho, el ideal del *imperio de la ley*, se convierte en una aspiración deseablemente incompleta, ya que es imposible que la vida de una comunidad estuviera gobernada completamente por el derecho. «Para tener sentido el imperio de la ley debemos concebirlo como un significado complejo entre la anarquía y la sobre-regulación»[82]. Las «dudas» y el «desacuerdo» serán las responsables de la existencia de una cantidad considerable de casos marginales. A primera vista, podríamos pensar que esto se contrapone de alguna forma al ideal de estabilidad y seguridad jurídica sobre el cual quedó cimentado nuestro Estado de Derecho durante el siglo XIX.

Sin embargo, es precisamente el derrumbe de ese paradigma ante el cual asistimos en el siglo XXI. La presencia de Constituciones invasoras como pluralistas y la coexistencia de valores, en ocasiones contradictorios entre sí, son algunos de los desafíos que se presentan hoy en día al operador judicial, la certeza en el derecho, como era sostenido antiguamente, no

---

79 Endicott, Timothy A.O., «El derecho es necesariamente vago», (traducción de J. Alberto del Real Alcalá), en *Derechos y Libertades*, Madrid, pp. 184 y 189.

80 Endicott, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho*, (traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez), Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 241.

81 Endicott, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho, op. cit.*, p. 252.

82 Endicott, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho, op. cit.*, p. 287.

existe más, y el hermetismo del sistema jurídico que se aferra al ideal de la seguridad jurídica. Los Estados Constitucionales van más allá del formalismo, así como los valores clásicos como la generalidad y abstracción de la ley como únicas e inalterables[83].

Conforme a lo anterior, la primera responsabilidad que tienen los jueces ante la sociedad, es el cumplimiento de los valores y principios. Para ello, es necesario el ejercicio de la discrecionalidad judicial, con el propósito de cumplir con el mandato de justicia que les encomienda el propio texto constitucional. Dicho esto, existe una relación intrínseca entre el ejercicio de la discrecionalidad judicial y la responsabilidad del juez, ya que el ejercicio activo y dinámico de la actividad jurisdiccional acarrea posibilidades de ser sujeto de responsabilidad, al igual que ser omiso en el ejercicio de su función.

Siguiendo este hilo conductor, el vínculo entre discrecionalidad y responsabilidad debe estar sujeto a los principios de transparencia, participación, responsabilidad, honestidad, coherencia y eficacia de la institución judicial. De lo contrario, su correcto y normal funcionamiento se pone en peligro. Estos principios constitucionales, incluyen también la administración de justicia, acorde a los plazos razonablemente establecidos, así como su responsabilidad en aquellos casos de dilación indebida o por error judicial. Situación que será analizada a continuación.

3. Las facetas de la responsabilidad institucional en la Magistratura y el compromiso del juez ante la sociedad

El juez tiene un compromiso ineludible de promover en la sociedad una actitud racionalmente fundada, de respeto y confianza hacia la administración de justicia[84]. Para lograr lo anterior, es indispensable el ejercicio tanto en el plano personal como profesional de la deontología judicial. Sin ella, su actividad profesional es incompleta. Asimismo, se encuentra obligado a responder por sus acciones, omisiones, así como por las consecuencias de su labor, ya sea que se trate de una cuestión relacionada

---

83 Del Real, J. Alberto, «Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, UNAM-IIJ, México, 2011, p. 694.

84 Artículo 43 del Código Iberoamericano de Ética Judicial (CIEJ).

con la tutela de justicia efectiva, o bien, relativa al buen desempeño de la institución que representa (personal, colegas)[85].

En un primer plano, podemos ubicar su responsabilidad ante la sociedad, como forma de cumplimentar el derecho de acceso a la justicia, y presupuesto fundamental en el Estado Constitucional de Derecho. Un proceso sin dilaciones indebidas, sin retrasos injustificados, de acuerdo a los plazos razonablemente establecidos, así como la responsabilidad administrativa por error judicial, forman parte del derecho fundamental de acceso a la justicia. La primera impresión del ciudadano sobre la institución judicial, es aquella en la que tiene la posibilidad de acudir ante los tribunales judiciales y obtener una respuesta, acorde a los tiempos y plazos que establezcan las leyes competentes. Una anomia en este derecho genera grandes frustraciones a la ciudadanía y provoca el descrédito de la institución judicial, debido a la incertidumbre causada a los justiciables[86].

Por este motivo, en el primer subapartado, me dedicaré a analizar este aspecto de la responsabilidad que tienen los jueces desde la perspectiva institucional, hacia los ciudadanos, en torno a su derecho fundamental de acceso a la justicia. En la siguiente sección, abordaré el tema del autogobierno judicial, a través de la creación de Consejos para lograr la buena administración, en base a los principios de profesionalismo, honradez, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas. Asimismo, enlazado con lo anterior, el tema de la responsabilidad civil y administrativa del Poder Judicial ante errores, dilaciones indebidas o retrasos injustificados.

3.1. La responsabilidad judicial en el marco del derecho fundamental de acceso a la justicia

El derecho fundamental de acceso a la justicia guarda una relación intrínseca con la tutela de justicia efectiva, en el sentido de permitir a los justiciables el acceso a las instituciones, así como contar con recursos que les permitan entablar una acción ante los Tribunales competentes. Entendida la acción procesal como «el derecho de la persona que la ejercita a obtener

---

85 Artículo 44 CIEJ.

86 Edel, Frédéric, *The length of civil and criminal proceedings in the case-law of the European Court of Human Rights*, Human Rights files, No. 16, Council for Europe Publishing, Strasbourg, 2007, p. 6.

del órgano jurisdiccional una sentencia que resuelva el litigio que plantea con su demanda, ya sea a favor o en contra de su pretensión, y la obligación correlativa de los órganos jurisdiccionales que únicamente estriba en desarrollar un proceso y dictar una sentencia para resolver dicho litigio»[87]. Asimismo, que los órganos resolutores gocen de autonomía e imparcialidad al momento de emitir sus fallos, a fin de garantizar su independencia en relación con los otros Poderes del Estado.

En tal sentido, la acción debe ser considerada como un verdadero derecho subjetivo, individualizado y determinado, misma que deriva de una obligación negativa y positiva de garantizar por el Poder Judicial. Por una parte, «respetar esa esfera de actividad [y la positiva] en prestar su función jurisdiccional para ese caso»[88]. Uno de los elementos y requisitos imprescindibles de este derecho fundamental es la *accesibilidad* y *efectividad* del mismo. Esto se refiere a que el justiciable tenga acceso al recurso y, que el Tribunal competente tenga las facultades necesarias para restituir a la presunta víctima en el goce de sus derechos, si se considerara que éstos habían sido violados[89]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha referido a este derecho fundamental de la siguiente manera.

> No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios[90].

Los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir

---

87 Gómez Lara, C., *Teoría General del Proceso,* Harla, México, 1990, pp. 147-149.

88 Echandía, D., *Teoría General del Proceso (Aplicable a toda clase de procesos),* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 177

89 Sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos (SCIDH): Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 102-103. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Reparaciones y Costas), párr. 136.

90 SCIDH: Caso del Tribunal Constitucional vs Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, supra nota 8, párr. 89; y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, supra nota 83, párr. 23.

con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial[91].

Se ha señalado también, que la efectividad tiene relación con que el Estado pueda brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso, en los términos del precepto que regule procesalmente el derecho en cuestión[92]. La existencia de esta garantía «constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención»[93].

En tal sentido, tres son los requisitos exigidos por la jurisdicción internacional: la sencillez, la efectividad y la idoneidad, según se desprende de una interpretación sistemática de los dispositivos internacionales 2 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entendiendo por sencillez, la ausencia de trabas u obstáculos procesales innecesarios, inadecuados o desproporcionales, que dificulten el ejercicio del derecho en cuestión. Por efectividad, la posibilidad real de interponerlo. Y por idoneidad, que institucionalmente, exista el recurso en la legislación respectiva.

La dilación indebida o el retraso en los plazos legalmente establecidos producen el entorpecimiento del derecho de acceso a la justicia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha referido al cumplimiento de los plazos de manera razonable, para favorecer la credibilidad y efectividad

---

91 *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, cit.*, supra nota 83, párr. 24.

92 SCIDH: Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 191; Caso del Pueblo Saramaka, supra nota 6, párr. 177; y Caso Yvon Neptune, supra nota 19, párr. 77. *Vid.* Garantías Judiciales en Estados de Emergencia Opinión Consultiva OC-9/87, *cit.*, párr. 24.

93 SCIDH: Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 82; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 192; y Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 131.

en la impartición de justicia[94]. Su homóloga, la CIDH, ha señalado que «el exceso de un plazo razonable para resolver un juicio es una violación a las garantías judiciales y que corresponde al Estado justificar la dilación en la justicia»[95]. Este último Tribunal ha sido más estricto, en el sentido de acarrear responsabilidad por parte del Estado, a diferencia del TEDH, quien ha advertido, que este principio no libera de la obligación a los jueces de dar impulso al proceso, para la celeridad en la impartición de justicia[96].

No obstante, ambos órganos se encuentran de acuerdo en los parámetros para analizar la razonabilidad de los plazos legales, por consiguiente, si el Poder Judicial ha satisfecho los requisitos del acceso a la justicia y no ha incurrido en dilación de justicia, acarreando algún tipo de responsabilidad. Al respecto, son los siguientes: la forma en que se determinan y computan los plazos, complejidad del asunto, conducta procesal de las partes, conducta procesal de las autoridades y afectación al justiciable[97]. Por otra parte, el TEDH señala que el plazo razonable deberá analizarse a la luz de las circunstancias específicas en cada caso[98], o lo que la CIDH denomina: «análisis global del procedimiento»[99].

Ahora bien, sobre los cómputos en los plazos, en materia civil se cuentan a partir de que se activa la instancia judicial, es decir, desde que se presenta la acción ante el órgano jurisdiccional competente, y finaliza, hasta que se

---

94 Sobre el análisis de este punto, lo realizo con base en el estudio jurisprudencial (TEDH y CIDH) exhaustivo que realiza el Mtro. Miguel Neria Govea en su artículo: «Plazos razonables y Debido proceso» en Núñez Torres, Michael (Coord.) *El debido proceso en el Derecho Constitucional Procesal mexicano (A la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionales e internacionales)*, Bosch, Madrid, 2013, pp. 115-119.
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH): H. v. France, 24 de octubre de 1989, párr. 58.

95 SCIDH: Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 145.

96 STEDH: Guincho v. Portugal, 10 de Julio de 1998, párr. 32.

97 STEDH: Ruiz Mateos vs. España, 23 de junio de 1993, párr. 38 a 53; SCIDH : Genie Lacayo vs. Nicaragua, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 77.

98 STEDH: Zimmermann and Steiner vs. Switzerland, 13 julio de 1983, párr. 24.

99 SCIDH: Genie Lacayo vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 81.

agote la última instancia y tenga lugar la ejecución de la resolución que ponga fin al juicio[100]. Sobre la complejidad del asunto, se deben analizar las posibles consecuencias que pueda resentir la sociedad con la sentencia que se emita[101], la naturaleza del caso[102], así como en el número de las partes, de acusaciones, la dificultad en obtención y análisis de pruebas[103].

3.2. El autogobierno judicial: la gestión de recursos y la responsabilidad civil y administrativa

Los órganos de gobierno del Poder Judicial están inspirados en el modelo europeo-continental de judicatura. De acuerdo a Karl Loewenstein, su función consiste en neutralizar de la mejor manera posible, la influencia del gobierno en el Poder Judicial[104]. De esta manera, se profesionaliza la labor jurisdiccional y se elige a los mejores candidatos para ocupar los puestos. Se han distinguido tres modelos en torno al autogobierno: externo, interno e institucional. De acuerdo al modelo externo, la administración y gestión está a cargo de órganos no integrados al Poder Judicial. Por otra parte, el modelo interno atribuye las decisiones de la materia, a los mismos órganos jurisdiccionales. Finalmente el institucional, encomienda el gobierno del Poder Judicial a órganos creados *ex professo* por el legislador para ese efecto. En tal sentido, el modelo español y mexicano, con el Consejo General del Poder Judicial (España) y el Consejo de la Judicatura Federal (México) forman parte de este último paradigma[105].

---

100 SCIDH: Cantos vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 57; STEDH: Buchholz vs. República Federal de Alemania, 6 de mayo de 1981, párr. 48.

101 STEDH: Katte Klitsche de la Grange vs. Italia, 21 de abril y 19 de septiembre de 1994, párr. 62.

102 SCIDH: González Medina y familiares vs. República Dominicana. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 258.

103 STEDH: Caso Velichko v. Rusia, 15 de Enero de 2013, párr. 102.

104 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, p. 302.

105 Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, «El gobierno del Poder Judicial los modelos y el caso español» en *Revista de las Cortes Generales*, no. 35, Madrid, 1995, pp. 167-239; Lopez Guerra, Luis, «Reflexiones sobre los modelos de gobierno del Poder Judicial, tribunales y justicia constitucional» en Vega Gómez, Juan, y Corzo y Sosa, Edgar (coords.), *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, p. 250.

Sobre este aspecto, cabe advertir la Declaración de Canarias, celebrada en 2001, titulada: «Los sistemas de Gobierno del Poder Judicial»[106]. En tal sentido, recomendaba la realización de las tareas administrativas a órganos especializados, garantizando en todo momento los distintos mecanismos de comunicación y coordinación entre los organismos integrantes del Poder Judicial, con el propósito de administrar de manera más eficiente los recursos humanos y materiales, a fin de facilitar el cumplimiento de la labor jurisdiccional en condiciones de plena independencia.

Ejemplo de este modelo es el Consejo de la Judicatura Federal en México, cuyas atribuciones son velar por la independencia de los Jueces y Magistrados, cuidar que se apliquen los principios de la carrera judicial y garantizar la adecuada calificación de las personas encargadas de la impartición de la justicia federal. Asimismo, tiene a su encargo la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación (PJF), con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del mismo PJF. La idea fundamental del establecimiento de dicho órgano, fue precisamente, elevar la calidad profesional de los juzgadores federales, para este propósito, se haría efectiva la carrera judicial[107].

Para evaluar su correcto funcionamiento, considero pertinente trasladar el paradigma de la gobernanza al plano del autogobierno judicial, tal y como defiende Juan Antonio Xiol Ríos, Ex presidente del Tribunal Supremo Español[108]. Esto, con el propósito de superar el antiguo paradigma burocrático de la judicatura y comprender «los fines que debe perseguir el órgano de gobierno del Poder Judicial y una base para aplicar nuevos conceptos mediante los cuales tratar de conseguir esos fines con mayor efectividad»[109].

---

106 Declaración de canarias. declaración final de la vi cumbre iberoamericana de presidentes de cortes y tribunales supremos de justicia. 3.6 área temática: sistemas de gobierno del poder judicial.

107 Melgar Adalid, Mario, «Comentarios al artículo 100 Constitucional» en Carbonell, Miguel (Coord.) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Comentada y concordada),* UNAM-IIJ, México, 2009, p. 131.

108 «Constitución, ley, ciudadanos, juez», en *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, T. III, *op. cit.*, p. 42.

109 *Ibid.*, p. 43.

Conforme con lo anterior, la Gobernanza, es definida por Naciones Unidas, como el ejercicio de la autoridad política, económica y administrativa para manejar los asuntos de la nación. Es un complejo de mecanismos, procesos, relaciones e instituciones, a través de los cuales los ciudadanos y los grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos y obligaciones, y median sus diferencias[110]. Entre los principios de la buena gobernanza en el plano europeo se encuentran los siguientes: apertura, participación, eficacia y coherencia[111] que resumo a continuación.

- Apertura: consiste en el trabajo de frente a la ciudadanía, mediante una comunicación más efectiva y a través de un lenguaje ciudadano, con el fin de fomentar la confianza en las instituciones.
- Participación: implica el involucramiento de los ciudadanos en cada una de las fases de los procesos de autogestión. Como ejemplo más evidente, es la opinión de sectores como Colegios de Abogados en la designación de Consejeros o Jueces.
- Responsabilidad: se refiere al control y gestión de la actividad de los funcionarios del Poder Judicial, a través de los órganos se encargan de velar por la disciplina judicial.
- Eficacia: implica actuar de acuerdo a los objetivos establecidos de forma eficiente y oportuna.
- Coherencia: relativo a que las políticas judiciales emprendidas deben ser coherentes y fácilmente comprensibles.

De acuerdo a ello, la justicia debe ser un servicio público eficiente, cuyos resultados puedan ser medibles a través de procesos objetivos, transparentes, y susceptibles de exigencia de responsabilidades, en casos de anomalía. Un concepto de justicia eficiente propuesto por especialistas, es el siguiente: aquella que garantiza el acceso a ella de los ciudadanos y proporciona respuesta predecible y adecuada en un tiempo razonable[112].

---

110 *Reconceptualising Governance (Discussion paper 2)*, Management Development and Governance Division-Bureau for Policy and Programme Support-United Nations Development Programme, New York, 1997, p. 9.

111 Comisión de las Comunidades Europeas, La Gobernanza Europea (Un Libro Blanco), Bruselas, 2001, p. 12.

112 Xiol Ríos, Juan Antonio, «Constitución, ley, ciudadanos, juez», *op. cit.*, p. 42.

En lo concerniente a los tipos de responsabilidad existentes como resultado de una deficiente administración de justicia, se encuentra el civil, penal, administrativa y política, como consecuencia del error judicial o dilación indebida. La primera clase de responsabilidad (civil) es un tanto anticuada y de compleja realización, explica el destacado profesor Ignacio Díez-Picazo[113], por razones sociopolíticas, además de su carácter personal. Los supuestos de la responsabilidad patrimonial del estado se dan en aquellos casos de error judicial y/o funcionamiento anormal en la administración de justicia. El primero, contiene los daños derivados de las actividades judiciales que impliquen un juicio, es decir, aquellos errores de hecho y de derecho que ha cometido un juez en el ejercicio de la función jurisdiccional. Por otra parte, el funcionamiento anormal, será todo aquello que quede fuera del error judicial[114]. Para otros autores, el funcionamiento anormal es un concepto jurídico indeterminado, que sólo puede tener concreción en cada supuesto, frente a lo que se considere como «diligencia media exigible a la actuación de la administración de justicia»[115].

Para Cienfuegos Salgado, el error judicial consiste en «la equivocación de un juez o magistrado cometida en el ejercicio del servicio público de administración de justicia, generadora de un daño»[116]. Siguiendo a Uriarte y Jiménez, el profesor Miguel Alejandro López Olvera, identifica una serie de elementos del error judicial[117].

a) Debe existir, por parte del juzgador, la aplicación de un precepto legal inexistente, caduco o con una integración palmaria y bien expresiva en su sentido contrario o con decidida oposición a la legalidad.

---

113 Díez-Picazo, Ignacio, *Poder Judicial y responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990, p. 39.

114 *Ibíd*., pp. 142-143.

115 Higuera Agejas, Fuencisla, «La responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento de la administración judicial y error judicial» en De Urbano Castillo, Eduardo (Dir.), *Ética del juez y garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial-Escuela Judicial-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, p. 257.

116 Cienfuegos Salgado, David, «Responsabilidad estatal y error judicial en México», en *Lex, Difusión y Análisis*, No. 62, México, 2000, p. 19.

117 López Olvera, Miguel Alejandro, «La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial», en Damsky, Isaac Augusto, López Olvera, Miguel Alejandro (et. al.) (Coords.), *Estudios sobre la responsabilidad del estado en Argentina, Colombia y México*, UNAM-IIJ, México, 2007, p. 602.

b) Asimismo, existe error judicial en el evento que el juez o magistrado efectúe una interpretación manifiestamente errónea de la norma legal.
c) También se verifica un error judicial cuando en la fijación de los hechos se incluyen equivocaciones evidentes y palmarias. Por ejemplo, se plantearía el error al omitirse trascendentalmente los hechos o al atender a otros distintos de los que integran el *factum* del litigio.
d) Por último, el error judicial se produce cuando se desatiendan datos de carácter indiscutible, sin que pueda confundirse con una nueva instancia.

A pesar de los enormes esfuerzos que se realizan en Iberoamérica para concientizar sobre la responsabilidad patrimonial en las anomalías relacionadas con la administración de justicia, aún existen naciones como México, donde se ha comenzado tarde en la construcción de instrumentos judiciales para solicitar la reparación de los daños ocasionados por una deficiente administración de justicia, pues su Ley de Responsabilidad Patrimonial data del año 2002. En comparación de naciones como Colombia que ha tenido un avance bastante notable, o Argentina, que a pesar de no contar con una legislación expresa, la evolución jurisprudencial es considerable en lo concerniente a la responsabilidad patrimonial del Estado, así como algunas anomalías derivadas de una mala administración de justicia. En sentido contrario, desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa, el Poder Judicial de la Federación en México cuenta con una destacada línea de precedentes y criterios orientativos para el correcto desempeño de la función judicial, destacando los Criterios en materia Disciplinaria, emitidos por el Consejo de la Judicatura Federal.

Conclusiones

La legitimación del juez constitucional se encuentra íntimamente ligada con el nivel de racionalidad contenido en sus decisiones. Su responsabilidad institucional y ante la sociedad, es satisfacer el principio de acceso a la justicia universal para todos los ciudadanos, así como la transmisión de confianza sobre la institución que representa, en aras de permitir al ciudadano acudir ante estas instancias. En el ejercicio de este ideal, debe tomar en cuenta el aspecto deontológico de su labor judicial.

En tal sentido, los momentos de crisis institucional, política y/o social, son grandes momentos para poner a prueba las instituciones. En este trabajo se ha abordado el caso de Alemania, que a pesar de haber transitado de un régimen totalitario hacia uno democrático, logró consolidar al Tribunal Constitucional Federal como una de las instituciones más prestigiadas socialmente. Lo anterior, a pesar de los conflictos tan sensibles que abrían heridas del pasado, los jueces de aquella nación supieron enfrentar y resolver los problemas nacionales, a través del ejercicio discrecional de su función.

Este ejercicio judicial se vio reflejado en el castigo a los crímenes del pasado nacionalsocialista, el ejercicio de la libertad de expresión y asociación de grupos antisemitas o la protección de la democracia, a través de la prohibición de Partidos que promovían la discriminación, dan cuenta de esta historia. No cabe duda que la legitimación social generada como consecuencia de las decisiones emitidas por los jueces de la Segunda Posguerra en Alemania, fue muy positiva, y sentó camino para forjar una de las instituciones más sólidas de aquel país.

No obstante, el ejercicio de la función judicial, trae aparejada una tensión ineludible entre los principios democráticos y de supremacía constitucional. Dicha tensión es aun más intensa en aquellos casos donde el juzgador ejerce la discrecionalidad judicial fuerte, con el propósito de encontrar soluciones innovadoras para resolver los problemas que le presentan los justiciables. Las principales teorías sobre la discrecionalidad judicial y la indeterminación del ordenamiento jurídico, nos ayudan a contestar algunas preguntas sobre el modelo ideal de juzgador que pudiera necesitar una sociedad determinada. El modelo continental europeo y el norteamericano de la judicatura difieren en gran medida, dado que este último ha preferido un intenso activismo, donde el mismo asume un rol protagónico de las grandes decisiones políticas, económicas y sociales.

No obstante, esta visión ha sido últimamente conocida en los países latinoamericanos, verbigracia, Colombia tiene una de las Cortes Constitucionales más activas de la región, e incluso ha tenido fuertes roces con los demás Poderes, en razón de la intensa actividad que desarrolla. En los demás países de América Latina se ha dado también un fenómeno de la toma decisiones importantes en la instancia judicial, cuando se abordan problemas sobre aborto, matrimonio y adopción entre personas del mismo

sexo, juzgamiento de crímenes del pasado (en aquellos países con historia de regímenes autocráticos o dictatoriales), entre otras temáticas.

Si añadimos a lo anterior, la exigencia de que, no solo los Tribunales Constitucionales, sino que todos los operadores jurisdiccionales se encuentran obligados a ejercer un control de convencionalidad (Sistema Interamericano) o de comunitariedad (Sistema Europeo), con el objeto de realizar de manera integral los valores y principios contenidos en las Constituciones y Tratados Internacionales, la labor se vuelve aún más compleja y genera mayor tensión no solo entre Poderes, sino entre ámbitos de aplicación de las normas.

Otra de las responsabilidades fundamentales que tiene el Poder Judicial como institución ante la sociedad es la rendición de cuentas. A propósito, se ha puesto en la mesa de debate la cuestión del autogobierno judicial y la medición de resultados, a partir de los criterios de la gobernanza, tales como la apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El autogobierno judicial es bien visto en muchos países de Iberoamérica, no obstante existen algunos otros, de acuerdo a los más acérrimos críticos del sistema, que han sufrido las consecuencias de una planificación tardía, como España, a través de su Consejo General del Poder Judicial.

Precisamente, desde el aspecto administrativo y de gestión el Poder Judicial se relaciona con los Poderes Ejecutivo y Legislativo. En tal sentido, debe ejercer los recursos tanto materiales como humanos, siguiendo los criterios de eficiencia y eficacia. La gestión de recursos se debe dar de forma autónoma e independiente. Asimismo, la cuestión de la selección de funcionarios, nombramiento de los mismos, el asunto disciplinario debe seguir formando parte del sistema de autogestión, siguiendo la tipología del gobierno judicial externo, autónomo e independiente.

En igual sentido, el juzgador debe encontrarse presto de rendir cuentas ante la sociedad, aunque en ocasiones no pareciera que fuese así en nuestros países de tradición romano-canónica, en comparación con el sistema norteamericano, donde los jueces locales mantienen una relación con la sociedad en la que se encuentren, a través de los fallos que emiten. En tal sentido, existe también la responsabilidad por error judicial, retraso y dilación indebida, funcionamiento anormal del sistema de impartición de justicia. El juez debe de responder ante la sociedad en la que se encuentre, ya sea por la vía administrativa, civil, inclusive hasta penal si fuese la situación.

Tenemos entonces una relación inescindible entre el ejercicio de la discrecionalidad judicial y la responsabilidad del juez. Un juez que ejerce la discrecionalidad fuerte, es susceptible de acarrear mayor responsabilidad. Dicho lo anterior, el vínculo entre discrecionalidad judicial y la responsabilidad es sano, siempre y cuando el ejercicio de exigencia de responsabilidades administrativas, civiles o penales, se encuentre plenamente orquestado, bajo un sistema de gobierno judicial transparente, activo, participativo, responsable, honesto, coherente y eficaz. El manejo cuidadoso de la administración al interior del Poder Judicial debe seguir siendo uno de los peldaños para garantizar su plena autonomía e independencia. No obstante su legitimación racional, debe continuar enlazada con su función primordial: el equilibrio de poderes y la realización plena de los valores y principios que la sociedad ha decidido respetar y compartir.

La Subsistencia del Derecho procesal constitucional local en Latinoamérica ante el modelo difuso de control de regularidad constitucional y convencional de las normas

Alonso Cavazos Guajardo Solís

Introducción

En años recientes, el Derecho procesal constitucional ha despertado un extraordinario interés en la academia y en el ámbito jurídico general. El advenimiento del modelo de Estado social y democrático de derecho trajo consigo el interés de los juristas en esta rama jurídica, justamente por estar encargada del análisis de los mecanismos procesales tendientes a garantizar la plena eficacia de los principios y valores de naturaleza constitucional.

Desde luego que existe una magna complejidad en el objeto de estudio de esa rama jurídica, pues la defensa de la Constitución se relaciona con las fibras más sensibles de los individuos y las autoridades, consistentes en sus derechos fundamentales y en su ámbito competencial, respectivamente. Además, un precedente mal fincado o deficientemente implementado puede generar una desfiguración de las instituciones propias del Estado constitucional que, por más transitoria que pudiera ser, conlleva un impacto en enésimos litigios del orden constitucional.

Piénsese en los casos en que los Tribunales constitucionales establecen un precedente y, después de unos años, deciden abandonarlo con base en idéntico orden jurídico en el que fue fincado. Verbigracia, desde la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana sostuvo que en materia de expropiación no regía la garantía de previa audiencia prevista en el artículo 14, segundo párrafo de la Constitución federal[1], llegando a señalar el Pleno de ese

---

[1] Véanse, entre otras: Expropiación, garantía de audiencia en la. No. de Registro 331666; [TA]; 5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Tomo LVI; p. 2108; Expropiación, Garantía de Audiencia en la (Legislación de Zacatecas). No. de Registro 331667; [TA]; 5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Tomo LVI, p. 2108; Expropiación, la Garantía de Previa Audiencia, no rige en Materia de. No. de Registro 329841; [TA]; 5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Tomo LXII, p. 3027; Expropiación, la Garantía de Previa Audiencia, no rige en Materia de. No. de Registro 329629; [TA]; 5a. Época; 2a.

órgano jurisdiccional que «*ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la misma Carta Fundamental*»[2]; y bajo el mismo entorno normativo dicho criterio fue modificado por la Segunda Sala del propio órgano jurisdiccional durante la Novena Época, al considerar que «*de una nueva reflexión se concluye que de la interpretación del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los actos privativos de la propiedad deben realizarse, por regla general, mediante un procedimiento dirigido a escuchar previamente al afectado, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento*»[3].

Durante las cuatro épocas del Semanario Judicial de la Federación en que estuvo firme, el precedente fincado inicialmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación afectó innumerables casos en que los propietarios de inmuebles expropiados cuestionaban la constitucionalidad de las normas o el procedimiento de expropiación correspondiente.

Esta afectación estuvo circunscrita exclusivamente a un derecho fundamental (audiencia), pero puede darse el caso de que los operadores jurídicos lleguen al extremo de afectar, por ambigua resolución o mala implementación, la naturaleza o esencia misma de un sector del Derecho procesal constitucional o de mecanismo de defensa constitucional, lo cual sería catastrófico debido a que trascendería en una infinidad de casos, con independencia del derecho fundamental o del ámbito competencial cuya protección judicial se pretenda en específico.

Sala; S.J.F.; Tomo LXIII; p. 4023; Expropiación, la Garantía de Previa Audiencia, no rige en Materia de. No. de Registro 329431; [TA]; 5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Tomo LXIV, p. 3659; y, Expropiación, la Garantía de Previa Audiencia, no rige en Materia de. No. de Registro 329124; [TA]; 5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Tomo LXV, p.3925.

[2] Este criterio fue sostenido en la Quinta Época y publicado nuevamente por instrucciones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, y puede localizarse en: Expropiación, la Garantía de Previa Audiencia, no rige en Materia de. No. de Registro 198404; [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo V, Junio de 1997, p. 44.

[3] Expropiación, la Garantía de Previa Audiencia, debe respetarse en forma previa a la emisión del Decreto Relativo No. de Registro 174253; [J]; 9a. Época; Segunda Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIV, Septiembre de 2006, p. 278.

Por ende, los operadores jurídicos deben ser especialmente cuidadosos tratándose de los precedentes jurisprudenciales relacionados con el Derecho procesal constitucional, dado que cualquier déficit en la redacción, comprensión y/o implementación de aquéllos podría generar una magna afectación a múltiples derechos fundamentales o atribuciones constitucionales, según sea el caso.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el Derecho procesal constitucional está sectorizado con base en la naturaleza de la garantía constitucional tutelada y del ordenamiento que la consagra. El profesor Fix-Zamudio, partiendo de Capelletti, estima que esta rama jurídica comprende la jurisdicción constitucional de la libertad, relativa a los instrumentos que tutelan los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, ya sea directamente o a través de la incorporación de Tratados Internacionales que versan sobre derechos fundamentales; la jurisdicción constitucional orgánica, concerniente al análisis de los mecanismos que tutelan la supremacía de las disposiciones y principios constitucionales que regulan la división de poderes; y la jurisdicción constitucional transnacional, encargada de la observancia de los instrumentos internacionales por parte de los Estados miembros[4].

A esta clasificación clásica, el profesor Ferrer Mac-Gregor añade el derecho procesal constitucional local, relativo al estudio de los distintos instrumentos tendientes a proteger las normas supremas de las entidades federativas, provincias o comunidades autónomas[5]. Las normas locales tuteladas por los instrumentos que integran este sector, son relativas a los derechos fundamentales que, en adición a los reconocidos en los ámbitos internacional y/o nacional, se confieren en el ámbito local a los individuos; y a la distribución de atribuciones entre los poderes públicos locales, de manera que el sector local de justicia constitucional puede clasificarse a su vez en jurisdicción constitucional local de libertades y en jurisdicción constitucional local orgánica.

---

4 Fix-Zamudio, Héctor, «Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho procesal constitucional» en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, quinta ed., prólogo de Héctor Fix-Zamudio, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2006, tomo I, pp. 286-298.

5 Ferrer Mac-Gregor, «Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho procesal constitucional» en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 4, p. 219.

En aras de lograr mayor claridad en cuanto al desarrollo de este trabajo, se propone hacer unas sutiles variaciones a la clasificación clásica antes mencionada para efecto de vislumbrar al Derecho procesal constitucional desde una perspectiva tridimensional, en el que cada uno de esos tres planos representa el orden jurídico específicamente tutelado. Así, el Derecho procesal constitucional transnacional es relativo al estudio de los mecanismos tendientes a garantizar la eficacia de las disposiciones de Tratados o Convenciones Internacionales que regulen derechos fundamentales o, en cierta medida, la división del poder público; el Derecho procesal constitucional nacional se encarga del análisis de los instrumentos de protección de los principios y valores previstos en la Constitución o Carta Magna nacional; y, por su parte, el Derecho procesal constitucional local está enfocado al estudio de los mecanismos de tutela de las normas supremas de las entidades federativas, provincias o comunidades autónomas.

Las dimensiones del Derecho procesal constitucional ahora propuestas se subdividen, a su vez, en justicia constitucional de libertades y justicia constitucional orgánica, según se refieran a la protección de los derechos fundamentales o de la división del poder público, respectivamente.

En la actualidad existen importantes transformaciones en las dimensiones que integran el Derecho procesal constitucional, las cuales derivan de manera primordial del desarrollo del Estado social y democrático de derecho. Latinoamérica no es ajena a este fenómeno, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los distintos Tribunales constitucionales de los Estados miembros, tanto en su connotación formal como material[6], han impulsado cambios sustanciales tendientes a una mayor protección de los derechos fundamentales y, en el ámbito nacional, al respeto total de las normas que regulan la división del poder público, ambos aspectos comprendidos en el referido principio liberal del Estado constitucional contemporáneo.

Empero, conforme antes se señaló, tales cambios en las dimensiones transnacional y nacional del Derecho procesal constitucional deben ser cuidadosos y reflexivos, pues podrían generar la involución o, incluso, la

---

6 En torno a la clasificación de los Tribunales Constitucionales en formales y materiales, véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México», en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 4, pp. 242-243.

desaparición de otro sector del Derecho procesal constitucional. Verbigracia, un precedente transnacional podría afectar la eficacia del Derecho procesal constitucional en sus ámbitos nacional y local, y de igual manera un precedente nacional podría influir negativamente en el entendimiento del Derecho procesal constitucional transnacional y local.

Bajo esa perspectiva, conviene destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido reiteradamente que los Poderes Judiciales de los Estados miembros, en el ámbito de sus atribuciones y de las regulaciones procesales correspondientes, deben ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las leyes internas y el Pacto de San José, tomando en consideración el contenido de éste y la interpretación que al respecto ha fincado el propio órgano de jurisdicción constitucional transnacional[7]. Se trata de un precedente relacionado con el Derecho procesal constitucional transnacional que pudiera trascender en los ámbitos nacional y local de la propia rama jurídica.

Y, en efecto, ha tenido un importante eco en el Derecho procesal constitucional nacional mexicano: en acatamiento a la sentencia interamericana del caso Radilla Pacheco, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no sólo se limitó a reflejar el modelo difuso en lo referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto del cual se pronunció la Corte Interamericana; sino que lo hizo extensivo a aquella dimensión de la rama jurídica de trato, pues estableció el criterio de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos admite el control difuso de la constitucionalidad –y convencionalidad– de las normas secundarias[8],

---

7 Véanse: Caso Almonacid Arellano. Sentencia de 26 de noviembre de 2006, serie C, No. 154, párr. 124; Caso La Cantuta. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, No. 162, párr. 173; Caso Boyce. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C, No. 169, párr. 78; y, Caso Radilla Pacheco. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, No. 209, párr. 339.

8 No. de registro 23 183, Novena Época, Pleno, expediente varios número 912/2010, 14 de julio de 2011, considerando séptimo. De dicha ejecutoria emergieron, entre otras, las siguientes tesis: sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano; No. de Registro 160 480; [TA]; 10ª Época; Pleno; S. J. F. y su Gaceta; Libro III, Tomo I; Diciembre de 2011, p. 557. pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos; No. de Registro 160 525; [TA]; 10ª Época; Pleno; S. J. F. y su Gaceta; Libro III, Tomo

abandonando así lo que de antaño había considerado en el sentido de que en el Estado mexicano operaba un modelo concentrado de control de regularidad constitucional de las normas, pues a su consideración solamente podía analizarse su constitucionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación[9].

I; Diciembre de 2011, p. 552. Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos; No. de Registro 160 526; [TA]; 10ª Época; Pleno; S. J. F. y su Gaceta; Libro III, Tomo I; Diciembre de 2011, p. 551. Criterios emitidos por la corte interamericana de derechos humanos cuando el estado mexicano no fue parte. son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1o. de la constitución federal; No. de Registro 160 584; [TA]; 10ª Época; Pleno; S. J. F. y su Gaceta; Libro III, Tomo I; Diciembre de 2011, p. 550. Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucional; No. de Registro 160 589; [TA]; 10ª Época; Pleno; S. J. F. y su Gaceta; Libro III, Tomo I; Diciembre de 2011, p. 535.

9 Entre otras, véanse: control difuso de la constitucionalidad de normas generales. no lo autoriza el artículo 133 de la constitución; No. de Registro 193 435; [J]; 9ª Época; Pleno; S. J. F. y su Gaceta; Tomo X; Agosto de 1999, p. 5. Controversia constitucional. la facultad otorgada a la sala constitucional del tribunal superior de justicia del Estado de Veracruz-llave para conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos, previsto en la constitución política de esa entidad federativa, no invade la esfera de atribuciones de los tribunales de la federación, pues aquél se limita a salvaguardar, exclusivamente, los derechos humanos que establece el propio ordenamiento local; No. de Registro 186 307; [TA]; 9ª Época; Pleno; S. J. F. y su Gaceta; Tomo XVI; Agosto de 2002, p. 903. Contencioso administrativo. el tribunal federal de justicia fiscal y administrativa carece de competencia para pronunciarse sobre los vicios de constitucionalidad que en la demanda respectiva se atribuyan a una regla general administrativa; No. de Registro 180 679; [J]; 9ª Época; Segunda Sala; S. J. F. y su Gaceta; Tomo XX; Septiembre de 2004, p. 219. Supremacía constitucional y orden jerárquico normativo, principios de. interpretación del artículo 133 constitucional, que los contiene; No. de Registro 180 240; [J]; 9ª Época; Primera Sala; S. J. F. y su Gaceta; Tomo XX; Octubre de 2004, p.264. Constitución política de los estados unidos mexicanos. su aplicación directa corresponde indistintamente a todas las autoridades ordinarias o de control constitucional, siempre y cuando no desapliquen, para ese efecto, una ley secundaria; No. de Registro 168 177; [TA]; 9ª Época; Segunda Sala; S. J. F. y su Gaceta; Tomo XXIX; Enero de 2009, p. 781. Contradicción de tesis. no existe válidamente entre un criterio sustentado por el tribunal electoral del poder judicial de la federación y la jurisprudencia de la suprema corte de justicia de la nación, cuando se trata de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes electorales; No. de Registro 165 593; [J]; 9ª Época; Pleno; S. J. F. y su Gaceta; Tomo XXXI; Enero de 2010, p. 19.

Se trata de un criterio que revolucionó el Derecho procesal constitucional mexicano en lo concerniente a la protección de los derechos fundamentales en los ámbitos nacional y transnacional, pues introdujo la posibilidad –otrora vedada jurisprudencialmente- de que todo juzgador se abstenga de aplicar en un litigio cualquier norma secundaria que considere contraria a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales celebrados por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión. Eventualmente tan sustanciales cambios habrán de circularse en los distintos Estados federales latinoamericanos, generándose así una revolución de mayores magnitudes en el Derecho procesal constitucional nacional y transnacional.

Empero, ambos criterios también han llevado a cuestionar la necesidad de implementar, mantener y/o desarrollar el Derecho procesal constitucional loca, bajo la premisa de que la difusión de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política delos Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales, para efecto de que todo juzgador –nacional o local- pueda protegerlos en su ámbito de competencia, torna innecesario la regulación de mecanismos de control constitucional local y, en su caso, la creación de órganos de justicia constitucional estadual.

Se está ante una cuestión de magna proporción: ¿el desarrollo del Derecho procesal constitucional en sus ámbitos nacional e internacional debe tener por efecto desaparecer la vertiente local?

Este trabajo tiene por objeto demostrar la existencia de elementos teóricos y fácticos que justifican la prevalencia del Derecho procesal constitucional local aún frente al reciente desarrollo de la protección difusa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución federal y en los Tratados Internacionales correspondientes.

Para cumplir el objetivo planteado, se debe partir de la teoría del federalismo, pues en ese modelo estatal resulta aplicable el Derecho procesal constitucional local, y en Latinoamérica no se ha implementado otro modelo de Estado compuesto o descentralizado, como lo son los Estados regionales o autonómicos; hecho lo cual se procederá al análisis del modelo difuso de control de la constitucionalidad, particularmente en lo atinente a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución federal y en los respectivos

Tratados Internacionales; habida cuenta que ello permitirá establecer los alcances inherentes al referido modelo difuso, los que de ninguna manera abarcan el universo de derechos fundamentales reconocidos.

Con posterioridad se estudiará el Derecho procesal constitucional local, especialmente en lo atinente a la protección de los derechos fundamentales, en aras de verificar que su ámbito de tutela es claramente diferenciado del relativo al Derecho procesal constitucional nacional y transnacional, lo que justifica su prevalencia ante los importantes avances de estos sectores.

Finalmente, en el apartado de conclusiones, se justificará desde una perspectiva teórico-práctica que debe continuarse pugnando por el desarrollo del Derecho procesal constitucional local, particularmente en lo concerniente a las libertades, pues de lo contrario podría generarse un déficit en el cumplimiento del dogma liberal del Estado constitucional contemporáneo.

I. El federalismo como estructura modélica del Estado constitucional

El profesor Häberle ha considerado que el federalismo es una estructura modélica del Estado constitucional contemporáneo[10]. La calificación otorgada por el tratadista teutón al federalismo se justifica en la medida que éste distribuye el poder público y permite desarrollar, incrementar y proteger los derechos fundamentales, fines perseguidos por el también denominado Estado social y democrático de derecho. Esto sucede porque el federalismo es una expresión de la división de poderes, en razón de que supone controles entre los distintos órdenes de Gobierno político territoriales; lo cual constituye en definitiva una garantía de la libertad y de los derechos fundamentales.

Basta recordar la triada de principios dogmáticos del Estado constitucional que refiere el profesor Pedro de Vega, a saber: a)democrático,

---

[10] El profesor Häberle estima que el federalismo, el regionalismo y los pequeños Estados europeos son estructuras modélicas o formas estructurales del Estado social y democrático de derecho. Véase: Häberle, Peter, «El federalismo y el regionalismo: una estructura modélica del Estado constitucional. Experiencias alemanas y proyectos. Memorándum para un proyecto español» en *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado constitucional*, trad. y estudio preliminar de Joaquín Brage Camazano, México, IIJ-UNAM, 2006, serie Estudios Jurídicos, núm. 100, p. 166.

que concibe al pueblo y a los gobernantes como titular y depositarios del ejercicio de la soberanía, respectivamente; b) liberal, mediante el cual se tutelan los derechos fundamentales y se divide el poder público para su ejercicio; y, c)supremacía constitucional, que es la síntesis de los dogmas anteriores y cuya implicación principal es que la Constitución es la cúspide normativa del Estado, o sea, es la norma que constriñe por igual al pueblo constituyente y a los órganos constituidos[11]. Partiendo de esos principios, el profesor Núñez Torres define al Estado social y democrático de derecho como el *complejo institucional jurídico-político conformado por poderes limitados, donde la pluralidad social, política y jurídica se integran en una Constitución democrática, con base en la declaración y garantía de los derechos humanos (éstos limitados democráticamente, pero dejando siempre a salvo el contenido esencial que se deduce de la dignidad humana como valor supremo)*[12].

Nótese que la división del poder público y los derechos fundamentales, considerados por Tena Ramírez como límites internos y externos de aquél poder, respectivamente[13], se redimensionan para constituir las dos caras

---

11 Véase: Vega García, Pedro de, «Constitución y democracia», en López Pina, Antonio (ed.), *La Constitución de la Monarquía Parlamentaria*, México-Madrid-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 44-45. En este artículo se encuentra un tratamiento primordialmente politológico de los referidos principios, razón por la cual debe acudirse a otros autores para una lectura más jurídica de aquéllos, como la brindada por el profesor Núñez Torres, pues en una de sus obras los utiliza para centrar el análisis jurídico-comparativo de la facultad legislativa de los Poderes Ejecutivos de España y Venezuela. Para corroborarlo, basta ver: Núñez Torres, Michael Gustavo, *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución. El paradigma de Venezuela y España*, México, Porrúa, UANL y Universidad Iberoamericana, 2006, pp. 101-121.

12 Núñez Torres, Michael Gustavo, «El pacto federal como cláusula institucional del Estado Constitucional» en Barceló Rojas, Daniel Armando y Torres Estrada, Pedro Rubén (comps.), *La reforma del Estado experiencia mexicana y comparada en las entidades federativas*, México, Porrúa, SCJN, EGAP y UNAM, 2008, p. 125.

13 Tena Ramírez, Felipe, *El ideario político-constitucional de los criollos mexicanos de 1808*, presentación de Francisco de Icaza Dufour y estudio preliminar de Rafael Estrada Michel, México, Porrúa, Escuela Libre de Derecho e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2010, estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario, p. 7.

del dogma liberal del Estado constitucional: la faz humanista que reconoce y protege los derechos de los individuos, y la faz institucionalista que distribuye el poder público para su ejercicio. Con estas denominaciones no se desconoce la naturaleza institucional de los derechos fundamentales[14] ni que éstos son el fin de la división de poderes, pues tan sólo se pretende clarificar la ambivalencia del dogma liberal partiendo del directamente beneficiario de cada una de esas facetas y de la naturaleza predominante de las normas constitucionales correlativas.

Si bien ambas facetas del principio liberal aparentan ser perfectamente diferenciables en un plano teórico, en lo fáctico se desvanece esa línea divisoria y se tornan indisolubles, habida cuenta que la ausencia formal o material de alguna repercute en la otra y, en síntesis, se afectan las libertades y los derechos fundamentales con la postrera quiebra del dogma en mención[15]. Por eso el federalismo, que en lo general se analiza tan sólo como un modelo de división del poder público, es a la vez un mecanismo tendente a garantizar los derechos fundamentales, pues la Constitución federal consagra éstos y permite su reflejo –con matices homogéneos- en los distintos órdenes jurídicos parciales.

En el Estado moderno existe una compleja división del poder público, faz institucionalista del dogma liberal, que ha sido graduada por el profesor García Pelayo de la siguiente manera: a) división Poder constituyente-Poderes constituidos, misma que se manifiesta durante la vigencia de la Constitución en razón de que es condición de su propia existencia; b) división Estado-sociedad, esto es, entre el poder estatal y los derechos y/o libertades de los individuos y grupos; c) División horizontal de poderes, relativa a la distribución competencial entre órganos de un mismo rango

---

14 Al respecto, véase: Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, presentación y estudio preliminar de Francisco Fernández Segado, trad. de Joaquín BrageCamazano, Madrid, Dykinson, 2003, colección Dykinson-Constitucional, 240 p.

15 Roura, Santiago A., *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978. El Tribunal constitucional y las comunidades autónomas*, prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Biblioteca nueva, 2003, colección Derecho, núm. 5, p. 26.

constitucional; y, d) división vertical, correspondiente a la existencia de distintos órdenes de gobierno autónomos dentro de un mismo Estado, o dicho en otros términos, la descentralización de la potestad estatal[16]. La verticalidad correspondiente a la cuarta generación de la división de poderes no supone una relación de supra a subordinación entre los órganos nacionales y locales, respectivamente, sino tan sólo la existencia de un orden nacional y diversos entes locales en que se divide el territorio, los cuales ejercen autónomamente competencias atribuidas por la respectiva Constitución.

El federalismo es un modelo de división vertical del poder público que obliga al establecimiento de unos pesos y contrapesos entre los órdenes de Gobierno político territoriales, a partir de un reparto competencial que hace el Poder constituyente; el cual, en la dogmática constitucional surge de un pacto democrático. Ahora bien, la lógica de la homogeneización que se encuentra en esta yuxtaposición de ordenamientos jurídicos y su pluralidad institucional se encuentra, precisamente, en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, lo cual forma parte también del dogma liberal del Estado constitucional. Por eso el profesor Núñez Torres considera que el Estado federal, entendido *lato sensu* como la *integración de órdenes de gobierno político territoriales distintos en una Constitución que los comprende a todos*, es una cláusula institucional del Estado constitucional contemporáneo, en tanto que pretende hacer viable los cometidos de éste[17], como lo son los derechos fundamentales. Sin embargo, la eficacia del federalismo está supeditada al funcionamiento óptimo de los principios del Estado social y democrático de Derecho, pues un régimen despótico o determinada mutación constitucional podrían generar una parálisis o atrofia del régimen federal.

---

16 García Pelayo, Manuel, «El 'status' del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. 1, núm. 1, enero-abril de 1981, pp. 20-21. El profesor García Pelayo analiza la Constitución española y, con base en la misma, efectúa la graduación en el principio de división del poder público. El profesor Núñez Torres desarrolla dicha graduación, también utilizada por Fernández Segado, con el objeto de analizar la división horizontal del poder público, particularmente en lo concerniente a la capacidad legislativa del Poder Ejecutivo. Véase: Núñez Torres, Michael Gustavo, *op. cit.*, nota 11, pp. 130-144.

17 Núñez Torres, Michael Gustavo, *op. cit.*, nota 11, 119-148.

La macrocomparación[18] de los Estados federales ha permitido a los tratadistas distinguir rasgos o características comunes. El profesor Serna de la Garza señala que el Estado federal se caracteriza por la existencia de órganos de poder federales (centrales) y locales (o regionales) con autonomía constitucional, la distribución constitucional de competencias entre dichos órganos de poder, así como la existencia de alguna forma de representación de las entidades locales en el gobierno federal y de participación en la formación de la voluntad federal.[19] A dichas características, Jorge Carpizo añade la existencia de una Constitución federal, recursos económicos a favor de las entidades federativas e intervención en el proceso de reforma constitucional[20]; en tanto que Brage Camazano agrega la ciudadanía federal, la garantía constitucional de la existencia autónoma de los Estados, la subordinación de los ordenamientos de los entes territoriales a la Constitución federal, la inmodificabilidad del principio federal, la vigilancia e intervención federal, así como la existencia de una instancia de resolución de conflictos entre la Federación y las entidades federativas o entre éstas[21]. Partiendo de esas características y desde una perspectiva elemental que abone a los fines de este trabajo, se puede sostener que el Estado es federal cuando su Constitución consagra dos o más órdenes gubernamentales autónomos, regula sus ámbitos de competencia y establece un órgano jurisdiccional encargado de dirimir sus conflictos.

Ahora bien, un análisis microcomparativo relacionado con el reparto o distribución de competencias entre el centro y la periferia permite vislumbrar

---

18 Sobre la macrocomparación y la microcomparación, véase: Pegoraro, Lucio, «El método en el Derecho constitucional: La perspectiva desde el Derecho comparado» en *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa-IMDPC, 2006, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 13, pp. 3-27.

19 Serna de la Garza, Jesús María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, segunda ed., México, Porrúa-UNAM, 2009, p. 4.

20 Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, décima quinta ed., México, Porrúa-UNAM, 2009, pp. 227-228.

21 Brage Camazano, Joaquín, «Estudio preliminar: el federalismo alemán» en Häberle, Peter, *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado constitucional*, trad. de Joaquín Brage Camazano, México, IIJ-UNAM, 2006, serie Estudios Jurídicos, núm. 100, pp. LII-LX.

distintos modelos de Estado federal, entre los cuales destacan el clásico o dual, el cooperativo, el de ejecución, el competitivo y el mixto. Cada uno de esos modelos tiene importantes implicaciones para el ejercicio del poder público por parte de la Federación y de las entidades federativas, así como para la resolución de los conflictos que al respecto pudieran suscitarse.

El federalismo dual o clásico fue consagrado en la Constitución norteamericana de 1787 y se basa en el principio de *two centers of goverment*, según el cual existen dos órdenes de Gobierno a los que constitucionalmente les corresponde cierta esfera de atribuciones -diferenciada entre sí- en la que se conducen con independencia y plenitud; es decir, la actividad estatal no es fijada ni desarrollada tan sólo por un orden de gobierno, como ocurre en el Estado central o unitario, sino que existen distintos órdenes de gobierno que son autónomos y están dotados de plenas facultades decisorias en lo atinente al ejercicio de sus atribuciones constitucionales.

Si bien ambos órdenes gubernamentales tienden al bienestar de los individuos, sus ámbitos de competencia están perfectamente diferenciados entre sí por razón de materia, de modo que no existen atribuciones coincidentes, como ocurre en los otros modelos federales. La principal consecuencia de ello es que cada uno de esos órdenes de Gobierno ejerce sus atribuciones sin la mínima intervención de algún otro orden, estableciéndose así dos órdenes soberanos o autónomos en sus ámbitos parciales de competencia. En palabras del profesor Torres Estrada, este modelo se caracteriza más por la tensión, común entre la Federación y las entidades federativas, que por la colaboración de ambos órdenes gubernamentales[22].

En el modelo dual, la distribución constitucional de las atribuciones gubernamentales entre la Federación y las entidades federativas puede efectuarse a través de la pretendida regulación de esas atribuciones y su asignación a determinado orden de gobierno; o bien, del *sistema de lista*,

---

[22] Torres Estrada, Pedro Rubén, «Facultades concurrentes» en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, México, Porrúa-IMPDPC-UNAM-CITEJYC UANL, 2012, Biblioteca Porrúa de Derecho procesal constitucional, núm. 66, p. 180.

mediante el cual se confiere un ámbito competencial explícito a un orden gubernamental (Federación o entidades federativas) y de forma abstracta se reservan las demás atribuciones al otro centro de poder[23].

En lo fáctico resulta inviable pretender regular expresamente todas las atribuciones de los distintos órdenes de gobierno, en virtud del dinamismo inherente de las funciones públicas del Estado, ya que lo único que se conseguiría sería petrificar las atribuciones estatales o, en su caso, un sinfín de procedimientos de revisión constitucional cuya complejidad retardaría la posible adopción de medidas necesarias e inaplazables tendientes a lograr el bienestar de los gobernados. Distinto sucede con el *sistema de lista*, pues éste fortalece al orden de gobierno titular de las atribuciones residuales porque su único límite está constituido por las competencias conferidas de forma expresa en la Constitución al otro orden de Gobierno. En consecuencia, el titular de la competencia residual o reservada puede ejercitar su poderío a través de políticas o decisiones que resulten innovadoras y benéficas para los individuos, en tanto que el orden gubernamental con competencia expresa tan sólo debe limitarse a ésta y no puede ejercer atribuciones que resulten novedosas o extrañas a su restringido ámbito competencial.

Es de suma trascendencia aclarar que la adopción del *sistema de lista* lleva implícita la interpretación limitativa o restringida de los preceptos constitucionales que regulan las atribuciones expresas del orden de gobierno que no es titular de las facultades residuales, en aras de garantizar que el orden que sí tiene esa titularidad, pueda ejercerlas irrestrictamente[24]; de manera que la judicatura no debe alterar el ámbito de cobertura de las atribuciones constitucionales expresas porque ello implicaría la invasión del ámbito constitucionalmente reservado al otro orden gubernamental y la consecuente inobservancia de los dogmas liberal y de supremacía constitucional del Estado social y democrático de derecho.

---

[23] Un primer esbozo teórico respecto de ambas distribuciones competenciales se encuentra en: Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, segunda ed. en español, traducción de Luis R. Cuéllar, introducción de Enrique González Pedrero y prefacio de J. P. Mayer, México, Fondo de Cultura Económica, sección de obras de política y derecho, 2005, pp. 118-119.

[24] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El federalismo*, México, SCJN, 2005, serie Grandes temas del constitucionalismo mexicano, núm. 3, p. 37.

En los Estados en que la titularidad de las atribuciones residuales recae en las entidades federativas, la importancia de éstas se maximiza porque tienen una misión innovadora de naturaleza experimental, cuyo éxito permitirá la implementación nacional de sus políticas, en tanto que su fracaso evitará la adopción nacional o interestatal de esas decisiones ineficaces[25]. Así fue concebido por los *foundingfathers*norteamericanos, quienes buscaron que el orden de gobierno federal excepcionalmente interviniera en los asuntos concernientes a todos los miembros de la República que no pudieran alcanzarse mediante disposiciones aisladas de aquéllos, y que las entidades federativas pudieran extender sus facultades a todos los demás asuntos que son susceptibles de ser resueltos aisladamente[26].

Cuando la Federación es titular de las facultades implícitas o residuales, como ocurre en el Estado canadiense; el poder de ese orden gubernamental se ve robustecido e impera una mayor centralización formal y sus decisiones innovadoras se implementan en todo el territorio nacional, por lo que su éxito o fracaso también tendrá esa magnitud.

Se estima que la asignación de competencias residuales a favor de las entidades federativas es más acorde al principio de división de poderes reflejado en el paradigma del Estado constitucional moderno, pues dota de mayor factibilidad el anhelo de llevar a su máxima expresión la descentralización del poder público y la autonomía de las entidades federativas. Pero ello está supeditado a la congruencia que exista entre los fines del sistema adoptado (dotar de mayores atribuciones y autonomía al titular de la competencia residual) y la norma constitucional correspondiente, pues si ésta prevé un amplio catálogo de atribuciones federales expresas, se deformará funcionalmente el modelo elegido porque habrá mayor estrechez en la competencia residual de las entidades federativas y en la autonomía local.

---

25 Sobre la naturaleza experimental de las entidades federativas, véase: Tarr, G. Alan, «Los Estados como innovadores», trad. de X. PanagiaVoyatzís Hernández, en Barceló Rojas, Daniel Armando y Torres Estrada, Pedro Rubén (comps.), *op. cit.*, nota 12, pp. 55-62.

26 Hamilton, Alexander *et al.*, *El federalista*, segunda ed. en español, trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, colección Política y Derecho, p. 54.

Pero el declive del federalismo dual ocurrió cuando la Federación amplió su ámbito competencial mediante el uso de una norma constitucional que permitía al Gobierno central norteamericano arrogarse competencias de las entidades federativas[27]. Así, del modelo dual, caracterizado por ámbitos competenciales claramente diferenciados, se transitó a un modelo cooperativo en el que se difumina esa línea divisoria entre las competencias federales y locales, engarzándose ambas de manera casi indisoluble.

El federalismo de cooperación, surgido como efecto de la gran depresión norteamericana de la década de 1920, se caracteriza porque en él se da una amplia cooperación entre la Federación y las entidades federativas para lograr la realización de las atribuciones que les son inherentes, lo que trae consigo una atenuación de la cuarta generación en la división del poder público y una mayor centralización resultante del ensanchamiento de las atribuciones federales en detrimento de las locales[28]. En distintas latitudes, el modelo cooperativo ha sido sucedido por los modelos federales de competición y de ejecución.

En el federalismo competitivo, la Federación desarrolla una función meramente arbitral tendiente a garantizar la igualdad de las entidades federativas, y éstas compiten entre sí para lograr brindar mayores y mejores servicios públicos a los ciudadanos, quienes habrán de considerar dicha competencia para elegir su lugar de residencia[29]. Este modelo tiende a una mayor descentralización al limitar el ámbito federal a una mera labor mediadora o arbitral, lo que conlleva una maximización de la autonomía de las entidades federativas y de la labor experimentadora de éstas.

En el caso contrario está el federalismo de ejecución alemán, que también sucedió al modelo cooperativo, cuya característica esencial es que la Federación acapara el ejercicio legislativo y las entidades federativas centran su actividad administrativa a la ejecución de normas federales[30].

---

27 Ballbé, Manuel y Martínez, Roser, *Soberanía dual y la constitución integradora*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 29.

28 Cárdenas Gracia, Jaime, «México a la luz de los modelos federales», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004, p. 485.

29 *Ibídem*, pp. 486-487.

30 Serna de la Garza, Jesús María, *op. cit.*, nota 19, p. 80.

Este modelo centraliza el poder público porque la Federación adopta las decisiones que habrán de ser implementadas por las entidades federativas, aunado a que reduce las facultades legislativas de éstas; de modo que diluye la división del poder público debido a que las autoridades locales, pese a ser electas por voluntad popular, están legal y materialmente subordinadas al poder central.

Dada la complejidad de la función actual del Estado, resulta casi imposible encontrar un régimen constitucional contemporáneo que adopte en su puridad alguno de los modelos antes descritos, justamente porque se llevaría una autonomía intergubernamental a ultranza, o bien, porque se tornaría inocuo el principio de división del poder público. Incluso, los profesores Ballbé y Martínez han sostenido que *la experiencia ha demostrado que ambos conceptos presentes en la teoría federal, la cooperación y el conflicto o la pluralidad, no son en absoluto excluyentes sino que se necesitan el uno al otro para un correcto funcionamiento del sistema*[31].

De esto fue consciente el profesor Häberle, quien afirma que en la Alemania actual existe un *federalismo mixto* que entrelaza atribuciones que los órdenes de gobierno ejercen autónomamente y competencias que concurren o coinciden en éstos[32].

De lo antes expuesto podemos sintetizar que el Estado federal conlleva la existencia de dos órdenes de gobierno que ejercer con autonomía sus atribuciones constitucionales exclusivas y cooperan para la realización de facultades que coinciden en ambos.

El control de la regularidad de las normas secundarias constituye una atribución extraordinaria que, atendiendo al Estado federal en que nos ubiquemos, podría ser exclusiva de determinado orden gubernamental, o bien, podría compartirse entre la Federación y las entidades federativas.

II. El modelo difuso de regularidad de las normas en el Derecho procesal constitucional nacional y transnacional

Un ámbito de vital importancia dentro del Derecho procesal constitucional en general es el concerniente al control de regularidad de las normas secundarias, y en particular dentro del Estado federal, en el que la

---

31 Ballbé, Manuel y Martínez, Roser, *op. cit*., nota 27, p. 33.

32 Häberle, Peter, «Problemas actuales del federalismo», *op. cit.*, nota 10, p. 38.

producción legislativa proviene de distintos órdenes gubernamentales. Su origen ha sido comúnmente ubicado en la famosa sentencia Marbury *vs.* Madison[33], emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el año 1803, relacionada con los *midnigh tappointments* efectuados por el Presidente John Adams el último día de su mandato.

Tal resolución fue propuesta por el Juez John Marshall, y en ella se determinó que la sección 13 de la *Judiciary Act*, mediante la cual se confería a la propia Suprema Cortela atribución de impartir órdenes a la administración, contrariaba lo establecido en el artículo III de la Constitución federal de 1787, en el sentido de que dicho órgano colegiado sólo podía emanar mandatos y ejercer jurisdicción en segunda instancia. Se trata de un precedente relacionado con el Derecho procesal constitucional nacional y, en particular, con la justicia constitucional orgánica, pues se determinó que una norma secundaria era contraria a una disposición constitucional relacionada con la división del poder público. Ello resulta curioso porque los principales efectos cuantitativos y cualitativos de esa sentencia no son de naturaleza orgánica o institucional, sino que se relacionan justamente con la justicia constitucional de libertades, sobre todo en el Estado constitucional contemporáneo, pues en éste los derechos fundamentales son protagonistas incuestionables.

Se estima que, tal como sostiene el profesor Cellotto, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América se privó de una competencia legal menor, consistente en impartir órdenes a la administración, para efecto de reconocerse un poder mucho mayor, relativo al control de regularidad constitucional de las normas secundarias, que no estaba previsto de manera expresa en la referida Norma Fundamental[34].

---

33 Para mayor claridad en cuanto al contexto histórico en que fue emitida dicha resolución, así como al contenido literal de la misma, véase: Eto Cruz, Gerardo, «John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison» en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 4, pp. 37-79. Es destacable que en la primera nota al pie de página de dicho artículo, dicho autor refiere diversos precedentes de los años 1790 en los que varios Presidentes de Tribunales de Circuito, e incluso el propio Tribunal Supremo, analizaron la constitucionalidad de leyes.

34 Celotto, Alfonso, «La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos» en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, núm. 1, enero-junio 2004, Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004, p. 5.

El control de regularidad constitucional de las leyes inaugurado en la sentencia Marbury *vs.* Madison, representa sin duda alguna el triunfo de la voluntad popular reflejada en la Constitución norteamericana frente a la voluntad de los legisladores ordinarios inmersa en las normas secundarias. Además, dicho control de regularidad constitucional de las leyes es uno de los pilares del Estado social y democrático de Derecho en la medida que garantiza el reflejo de la Norma Suprema en las disposiciones que de ella emanan.

Desde luego que tal resolución se emitió en un contexto muy distinto al actual, e indudablemente los juzgadores que la aprobaron no tenían idea de que su determinación, a poco más de dos siglos de haber sido emitida, continuaría siendo objeto de innumerables estudios por atribuírsele el origen de una institución jurídica que permite garantizar que las normas secundarias sean respetuosas de los derechos fundamentales de los individuos sus derechos y de las atribuciones constitucionales de los órganos y órdenes gubernamentales.

En estos poco más de dos siglos, la justicia constitucional inaugurada en aquel tiempo ha evolucionado en cuanto a los modelos y/o mecanismos utilizados para garantizar la observancia de los principios y valores constitucionales.

La doctrina clásica generalizada ha efectuado una clasificación dicotómica de los modelos de control constitucional de las leyes, partiendo de un aspecto cuantitativo consistente en el número de órganos jurisdiccionales que ejercen jurisdicción constitucional. Se han colocado en extremos opuestos –y, por ende, aparentemente incompatibles- los paradigmas de difusión en todo juzgador (modelo estadounidense) o concentración en un solo órgano (modelo austriaco) de la atribución de analizar la constitucionalidad de normas.

El modelo difuso o estadounidense es definido por el profesor Fix-Zamudio como «*la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos sólo para las partes que han intervenido en esa controversia*»[35]. Este modelo

---

[35] Fix-Zamudio, Héctor, «La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 111, 1978, p. 644.

parte de la premisa fundamental de que a los jueces les corresponde interpretar las leyes –entre otras, la Constitución por tratarse de la Ley Fundamental-, de manera que «*si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios*»[36]. Es decir, el modelo difuso privilegia el ejercicio, por parte de cualquier juzgador, de las potestades interpretativa y de resolución de conflictos normativos que resultan inherentes a su cargo.

Ahora bien, el profesor Fix-Zamudio considera que el modelo estadounidense tiene los siguientes rasgos característicos: a) es difuso, debido a que todo juzgador puede ejercerlo en los asuntos sometidos a su potestad jurisdiccional; y, b) los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad se circunscriben a la no aplicación de la norma respectiva en el caso concreto[37]. A esos rasgos, el profesor Tosseau añade los siguientes: a) el juzgador conoce la cuestión constitucional vía excepción, es decir, no se trata del planteamiento principal; b) la decisión sobre la cuestión de constitucionalidad tiene únicamente valor *inter partes*; y, c) el control de constitucionalidad se ejerce *a posteriori*, es decir, una vez que la norma secundaria está vigente[38].

Por su parte, el control concentrado de la constitucionalidad tiene sus orígenes en la Constitución Austriaca de 1920, cuyos artículos 138 a 140conferían al Tribunal constitucional competencia para dirimir cuestiones de competencia entre diversos órganos públicos y analizar la inconstitucionalidad de las normas.

El profesor Fix-Zamudio caracteriza a este sistema como:

> «*la atribución a un órgano específico, llamado Corte o Tribunal Constitucional –cuya naturaleza sigue siendo debatida– para decidir todas las cuestiones relativas a la constitucionalidad*

---

36 Hamilton, Alexander *et al.*, *op. cit.*, nota 26, p. 332.

37 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 35, p. 644.

38 Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los «modelos» de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, trad. de Teresa García-Berrio H., México, Porrúa-IMDPC, 2011, Biblioteca Porrúa de Derecho procesal constitucional, núm. 50, pp. 17-19.

> *de las leyes; cuestiones que no pueden ser conocidas por los jueces ordinarios, por lo que deben plantearse siempre en la vía principal o de acción, por los órganos del Estado afectados por el ordenamiento inconstitucional, en la inteligencia de que el fallo dictado por el tribunal especializado mencionado, cuando declara la inconstitucionalidad, tiene efectos generales o erga omnes-, es decir, implica la ineficacia de la ley respectiva a partir del momento en que se publica la decisión de inconstitucionalidad.*»[39].

Como notas características de este modelo de control constitucional se pueden señalar las siguientes: a) existe un Tribunal *ad hoc* situado fuera del aparato jurisdiccional que se especializa en dirimir conflictos de de constitucionalidad; b) el control de las leyes es abstracto porque el litigio se centra en el análisis de la constitucionalidad de una norma, presentándose al margen de cualquier otra cuestión jurídica; c) se ejerce por vía de acción; d) la decisión sobre la cuestión constitucional tiene efectos *erga omnes*, de manera que la norma declarada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico; y, e) se trata de un control de constitucionalidad *a priori*, o sea, antes de que la norma entre en vigor[40].

La doctrina jurídica contemporánea ha sido acuciosa en el análisis de ambos modelos como mecanismos tendientes a garantizar que las normas secundarias reflejen los principios y valores incorporados en la Constitución, es decir, como un mecanismo inmerso en el Derecho procesal constitucional nacional. Pero al respecto cabe destacar que ambos modelos de control de regularidad de las normas secundarias son aplicables a las dimensiones transnacional y local del Derecho procesal constitucional, habida cuenta que en ambos sectores puede conferirse la atribución de analizar la regularidad de las normas jerárquicamente inferiores a un órgano jurisdiccional *ad hoc* de naturaleza transnacional o estadual, respectivamente (modelo concentrado o austriaco); o bien, a todos los juzgadores en el ámbito de sus respectivas competencias (modelo difuso o estadounidense).

Ahora bien, la clasificación dicotómica de los modelos de control de regularidad de las normas ha sido superada por la realidad del mundo

---

39 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 35, pp. 644-645.

40 Tusseau, Guillaume, *op. cit.*, nota 38, pp. 21-22.

actual, en la medida que no existe un Estado que adopte en su puridad alguno de esos modelos y, además, se ha llegado a la otrora impensable coexistencia de ambos en un mismo orden jurídico, por estar reconocidos dos o más mecanismos de control que tienen las características esenciales de ambos modelos.

Respecto de la impuridad de los mecanismos de regularidad constitucional puede destacarse el caso mexicano, en el que hasta antes de la sentencia del caso Radillo Pacheco se había estimado jurisprudencialmente que operaba un control concentrado de la constitucionalidad de las normas[41], cuando en realidad no se reunían a cabalidad los elementos que la doctrina ha establecido como característicos de ese modelo.

En los artículos 103 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establecieron como mecanismos de defensa constitucional el juicio de amparo, promovido por particulares con motivo de una afectación a su esfera jurídica; la controversia constitucional, en el que la autoridad u orden gubernamental accionante pretende el respeto de su ámbito de competencia constitucional; y la acción de inconstitucionalidad, promovido por determinados órganos públicos con motivo de la publicación de normas que estimaran contrarias a las disposiciones constitucionales. Empero, ninguno de ellos compete a un Tribunal *ad hoc* situado fuera del aparato jurisdiccional tradicional, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación, encargada de resolver en exclusiva las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad- es el máximo órgano del Poder Judicial de la Federación y no sólo tiene competencias constitucionales, sino también se ocupa de cuestiones de legalidad; en tanto que el juicio de amparo no es resuelto por un Tribunal específico, sino que dependiendo de su naturaleza compete a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a los Tribunales (Colegiados y Unitarios) de Circuito o a los Juzgados de Distrito, órganos jurisdiccionales que, a la par de sus atribuciones de control constitucional, ejercen jurisdicción en casos ordinarios.

Por otra parte, el juicio de amparo y la controversia constitucional no están centrados exclusivamente en el análisis de la constitucionalidad de leyes, sino que el accionante puede plantear cuestiones de constitucionalidad

---

41 *Supra*, nota 9.

–e incluso de legalidad- relacionadas con actos de autoridad específicos. Además, las sentencias del juicio de amparo no tenían efectos *erga omnes*[42], y las dictadas en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad pueden o no tenerlos, dependiendo del número de votos con los que se apruebe la respectiva sentencia.

Finalmente, no resulta imprescindible que esos mecanismos se ejerzan antes de que se estime vigente la norma que se tilda de inconstitucional, pero sí pueden impugnarse las normas a partir de su publicación (acción de inconstitucionalidad), de su entrada en vigor (juicio de amparo) o con motivo de su primer acto de aplicación (juicio de amparo y controversia constitucional).

Nótese que ninguno de los mecanismos del Derecho procesal constitucional nacional mexicano puede considerarse como puramente concentrado, al no reunirse la totalidad de los requisitos para ser considerados como tales. Pero también resulta innegable que existía una clara tendencia concentradora porque a los órganos del Poder Judicial de la Federación les correspondía en exclusiva el conocimiento y resolución de los mecanismos que integraban el Derecho procesal constitucional nacional.

En otro orden de ideas, la clásica clasificación bipartita de los modelos de control constitucionalidad de las leyes, como antes se indicó, ha sido superada debido a la complejidad del Estado contemporáneo.

De inicio –y aún recientemente- se consideró que esos modelos eran excluyentes entre sí, de manera que no podían coexistir en un mismo Estado porque, por elemental definición, en respeto al principio de división del poder público no podría concentrarse en un solo órgano jurisdiccional

---

[42] El capítulo sexto del Título Cuarto de la Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de abril de 2013, establece que, salvo los casos de normas tributarias, cuando las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, o bien, finquen jurisprudencia obligatoria al respecto, deberán comunicarla al órgano emisor de aquélla para que en el plazo de noventa días la modifique o derogue; y que si el órgano emisor de la norma no la modifica o deroga en ese plazo, el Pleno del propio órgano jurisdiccional podrá emitir una declaratoria general de inconstitucional por mayoría de cuando menos ocho votos.

la competencia que pertenece a todo juzgador, así como tampoco sería posible difundir una atribución exclusiva del Tribunal constitucional. Pero en la actualidad, no son pocas las voces doctrinales que advierten la existencia de modelos mixtos o híbridos de control constitucional, así como la necesidad de superar esa clasificación dicotómica en aras de utilizar nuevos modelos clasificatorios basados, entre otros aspectos, en la temporalidad del ejercicio del control o el alcance de su protección[43].

Es verdad que, cuando menos en Latinoamérica, actualmente no existen Estados que tengan un modelo puramente difuso o concentrado de control de regularidad de las normas. Se tienen dos o más mecanismos con características esenciales de ambos modelos de control de regularidad, lo que ayuda a maximizar los derechos fundamentales.

Verbigracia, en el ámbito transnacional, la tutela del Pacto de San José corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (lo cual guarda rasgos inherentes al control concentrado) y, a la vez, a los Poderes Judiciales de los Estados miembros[44] (que, en definitiva, es natural del control difuso). Y en el Derecho procesal constitucional nacional ocurre lo mismo, pues en México y otros países Latinoamericanos, cualquier juzgador tiene competencia para no aplicar las normas secundarias que considere contrarias a la Constitución, aunque también coexisten mecanismos procesales de naturaleza preponderantemente concentrada, como lo son la acción de inconstitucionalidad y el juicio de amparo.

El control difuso de regularidad constitucional y transnacional de las normas secundarias tiene una especial significación en el Estado federal, pues posibilita que los juzgadores de los dos órdenes de gobierno compartan la competencia de control constitucional, aunque siempre referidos a las normas federales o estaduales cuya aplicación les corresponda.

---

43 Sobre el particular, véanse entre otros: Tusseau, Guillaume, *op. cit.*, nota 38, 171 p.; Pegoraro, Lucio, «Clasificación y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos», en Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 18, pp. 77-112; y, Pegoraro, Lucio, «La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional» en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 6, enero-diciembre 2002, pp. 393-416.

44 Con relación a ello, véase: *Supra*, nota 8.

III. El Derecho procesal constitucional local como aspecto institucional imprescindible delosEstadosfederales latinoamericanos

El objeto de estudio del Derecho procesal constitucional local está referido al conjunto de mecanismos que tienden a garantizar el respeto a los principios y valores consagrados en la Ley Fundamental del orden gubernamental local del Estado compuesto o descentralizado, pero no en la Constitución nacional ni en los Tratados o Convenciones Internacionales, pues ello es materia de las dimensiones nacional y transnacional del Derecho procesal constitucional.

La doctrina ha considerado que la Constitución de una entidad federativa es, junto a la Constitución federal, la Ley Suprema del propio orden de gobierno[45], en la medida que establece la división del poder público local, limita su ejercicio y fija los parámetros de la producción legislativa.

Con relación a ello considérese que un aspecto relevante de la división vertical del poder público está circunscrito al ámbito normativo: la Constitución federal no puede regular en su totalidad la producción legislativa de los distintos órdenes de gobierno, así como tampoco puede establecer exhaustivamente la división del poder público de las entidades federativas. Al contrario, el principio de homogeneidad federal, límite a la autonomía de las entidades federativas, exige tan sólo la regulación constitucional de los aspectos más elementales que garanticen la permanencia de la unión federal[46], pero a la vez reserva de forma implícita a las entidades federativas la

---

45 Al respecto, véase: González Oropeza, Manuel, «La función judicial en el control constitucional de las entidades federativas. Distribución de competencias del federalismo mexicano», en Cienfuegos Salgado, David (coord.), *Estudios de derecho procesal constitucional local*, México, Universidad Autónoma de Coahuila y Comisión de Fiscalización Electoral, 2008, pp. 217-218.

46 Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 21, p. CXI; Cabrera Beck, Carlos G., *El nuevo federalismo internacional. La soberanía en la unión de países*, prólogo de Bernardo Pérez Fernández del Castillo, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2004, p. 104; y, Fernández Segado, Francisco, *El federalismo en América* Latina, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2003, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 41, pp. 64-65.

facultad de autorregulación. Una regulación nacional exhaustiva al respecto rompería con la autonomía constitucional inherente a las entidades federativas, la cual conlleva implícito el reconocimiento de que éstas, para regular las competencias constitucionales que le corresponden, puede emitir para sí misma una Constitución local que rija lo atinente a su régimen interior[47].

En el Estado social y democrático de derecho, la Constitución local debe ceñirse también a los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional. Desde una perspectiva nacional, ello lo obliga a ser respetuosa de los principios y valores consagrados en la Constitución federal, particularmente en lo atinente a los derechos fundamentales y a la división del poder público, pues en caso de contrariarse los mismos se estaría ante una Constitución local inconstitucional; y en lo local, tal constricción consiste en que la Ley Fundamental estadual es la norma superior que protege los derechos y las libertades de los individuos, y divide el poder público local para su ejercicio.

La supremacía de la Constitución local en lo atinente al régimen interior de la entidad federativa conlleva la necesidad del establecimiento de mecanismos tendientes a garantizar la plena eficacia de sus disposiciones, los cuales son objeto de estudio en el Derecho procesal constitucional local. De no existir la justicia constitucional local, las disposiciones fundamentales relacionadas con el régimen interior de las entidades federativas podrían ser transgredidas por los órganos encargados de su aplicación sin alguna consecuencia, lo cual en definitiva afecta la seguridad jurídica de los individuos y afectaría la estabilidad del principio de división del poder público.

Especial énfasis debe hacerse en el sector relativo a la defensa local de los derechos fundamentales, o sea, en el Derecho procesal constitucional local de libertades.

La autonomía constitucional de las entidades federativas es el conducto eficiente para extender el ámbito protector de los derechos fundamentales, por lo que no debe limitarse cualquier intento por lograr ese fin. Sencillamente,

---

47 Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 47, p. 58; y, Matute González, Carlos Fernando, *El reparto de facultades en el federalismo mexicano*, prólogo de Sergio A. Valls Hernández, México, Porrúa, 2007, pp. 182-183.

vedar la posibilidad del establecimiento y protección de derechos fundamentales en las Constituciones locales equivaldría a reconocer de forma implícita que no se está en un Estado constitucional ni federal propiamente dicho, ante la falta de maximización de los derechos fundamentales y el inejercicio de la autonomía estadual.

Debe destacarse que tal premisa aplica a todo régimen federal, con independencia del sistema de distribución competencial implementado en la Constitución federal; pues se basa exclusivamente en la autonomía local para ejercitar las atribuciones que explícita o implícitamente confiere la Constitución a las propias entidades federativas. La *Québec Charter of Human Rights and Freedoms* es un claro ejemplo de ello, pues fue emitida en la provincia de Quebec pese a que en la Federación canadiense –no en los gobiernos provinciales- recae la titularidad de las facultades constitucionales residuales.

Cabe aclarar que la validez de los derechos fundamentales locales dentro del Estado constitucional únicamente está condicionada a la no contravención de los postulados de la Constitución federal, pues ésta es la norma suprema de toda la Unión. Por ende, el Poder constituyente y/o revisor local debe ser cuidadoso en no contravenir las estipulaciones del pacto federal ni establecer derechos en torno al ámbito competencial de la Federación, pues ello equivaldría a transgredir frontalmente la división o distribución del poder público (*principio liberal*) y la obligatoriedad de la Constitución (*supremacía constitucional*).

Es decir, el constitucionalismo local debe reconocer derechos fundamentales que dirijan la actividad de los Poderes constituidos estaduales, así como establecer mecanismos jurisdiccionales que tutelen esos derechos; pero no para invadir un ámbito competencial que constitucionalmente corresponda a la Federación.

Como corolario, para que el Estado federal pueda alcanzar sus fines (la descentralización del poder y el respeto a las homogeneidades locales) en lo atinente a los derechos fundamentales, es menester que las entidades federativas ejerzan su potestad de reconocer y proteger derechos humanos, y la misma no quede en un plano meramente doctrinal.

Así, la debida observancia de los referidos fines del federalismo propicia un ciclo decisorio en el que las entidades federativas reconocen y protegen

jurisdiccionalmente nuevos derechos fundamentales que, de ser exitosos, son absorbidos por la Constitución federal. Esta dinámica se acentúa en los Estados federales con un sistema *residual* de distribución competencial en beneficio de las propias entidades federativas, ante la inherencia innovadora de éstas.

Ahora bien, los derechos fundamentales estatales no deben constituir una simple repetición de los derechos reconocidos y protegidos por la Constitución federal, pues ello da al traste con la teoría federal al impedir que las entidades federativas sean un centro de decisión en torno a los derechos humanos y reflejar una deficiente e innecesaria técnica legislativa (reproducción de una norma superior)[48]. Bastante interesante resulta que esa simple repetición de derechos fundamentales podría generar una doble jurisdicción para resolver conflictos de constitucionalidad derivados de un mismo derecho, con la posibilidad de tornar difuso un control constitucional nacional de raigambre concentrada.

Contrario a lo expuesto en el párrafo que antecede, los fines del Estado constitucional y del federalismo constituyen una constricción de los Poderes constituyentes y órganos revisores locales para que reconozcan y tutelen derechos fundamentales distintos a los referidos en la Constitución federal, ya que así proyectan que el ejercicio de su autonomía local está enfocada a los fines propios del Estado y, de paso, permiten que el éxito de esa política pública estadual sea reflejada mediante el reconocimiento y protección de las propias prerrogativas en otras Constituciones (locales o federal).

En Argentina, la cláusula federal sí ha resultado eficaz en torno a los derechos humanos, pues las Constituciones provinciales han reconocido y tutelado derechos novedosos que posteriormente han sido acogidos por la Constitución federal[49]. Distinta es la experiencia alemana, pues los derechos sociales incorporados en las Constituciones de los cinco *Länder* adheridos

---

48 Al respecto, véase: Armenta López, Leonel Alejandro, *Federalismo*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2010, pp. 74-75; y,Pegoraro, Lucio, «La disciplina de los derechos en los ordenamientos policéntricos, con particular referencia al caso italiano» en Barceló Rojas, Daniel Armando y Torres Estrada, Pedro Rubén (comps.),*op. cit.*, nota 12, p. 49.

49 María Hernández, Antonio, «Las Constituciones Provinciales en el proceso de democratización de la república federal de Argentina» en Barceló Rojas, Daniel Armando y Torres Estrada, Pedro Rubén (comps.), *op. cit.*, nota 12, pp. 25-28.

a la Federación alemana después de la caída del muro de Berlín en 1989 (integrantes de la otrora Alemania comunista), no fueron acogidos por la Constitución federal posiblemente por desconfianza hacia las ideas diferentes de aquellas entidades[50].

El caso italiano es bipolar, pues si bien determinadas regiones han regulado y estructurado derechos fundamentales distintos a los reconocidos por la Constitución federal, lo común es que las normas estatutarias a menudo repitan o sean incoherentes con el pacto federal[51].

Por último, es de reiterarse que el reconocimiento de derechos fundamentales estaduales y la división del poder público local debe ir acompañado del establecimiento -en la Constitución local correspondiente- de mecanismos jurisdiccionales tendientes a garantizar su observancia. De no hacerse así, no podría asegurarse que el Estado correspondiente sea constitucional, ante la inexistencia de una tutela efectiva de los derechos fundamentales locales y de una garantía de los límites de actuación de las autoridades estaduales (en franca contravención al *principio liberal*), aunado a que tampoco se aseguraría la observancia de las disposiciones constitucionales locales (violentando el principio de *supremacía constitucional local*).

Conclusiones

A excepción de los pequeños Estados europeos, la faz institucionalista del Estado constitucional contemporáneo exige la existencia de dos o más órdenes de gobierno que sean autónomos entre sí, en tanto que su faz humanista requiere que esos órdenes de gobierno protejan los derechos fundamentales de los individuos.

El Derecho procesal constitucional tiene por objeto el análisis de los mecanismos procesales que tienden a garantizar ambas facetas del dogma liberal del Estado social y democrático de derecho. Pero ello es un fenómeno

---

50 Schneider, Hans Peter, «Las nuevas constituciones de los Länder alemanes después de la reunificación. ¿Promotores u obstáculos para el cambio político?», trad. de Joel Martínez Gutiérrez, en Barceló Rojas, Daniel Armando y Torres Estrada, Pedro Rubén (comps.),*op. cit.*, nota 12, p. 79.

51 Para ahondar al respecto, véase: Pegoraro, Lucio, «El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y 'exportación' de modelos», en *op. cit.*, nota 18, pp. 43 y ss.

multidimensional, pues existen tres planos o ámbitos de tutela: el transnacional, el nacional y el local.

Al estar referidas a distintos órdenes jurídicos, esas dimensiones son perfectamente diferenciables entre sí, de manera que lo sostenido jurisprudencialmente en alguno de esos planos no debe afectar a los demás, pues ello sería contrario al dogma liberal del Estado constitucional contemporáneo. Así, un aparente avance en una dimensión específica del Derecho procesal constitucional podría representar el quebranto del Estado social y democrático de derecho, lo que de ninguna manera puede permitirse.

Ahora bien, en Latinoamérica existe una tendencia –incitada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales de los Estados miembro- hacia el control difuso de la regularidad constitucional y convencional de las normas secundarias, lo cual se relaciona de manera directa con el Derecho procesal constitucional en sus dimensiones nacional y transnacional, respectivamente. En el Estado federal, ese modelo difuso implica que los juzgadores locales pueden determinar la no aplicación de una ley estadual por considerarla contraria a la Constitución federal o a los Tratados Internacionales correspondientes.

La difusión del control de regularidad constitucional y convencional de las normas secundarias constituye, sin duda, una auténtica revolución en las dimensiones nacional y transnacional del Derecho procesal constitucional. Empero, los operadores jurídicos deben ser cuidadosos de que ello no afecte de manera alguna a la dimensión local de la propia rama jurídica.

Desde luego que no debería afectarse la justicia constitucional local con motivo del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad de las normas secundarias, pues como antes se expuso, se trata de distintos ámbitos o dimensiones de tutela.

Los dogmas del Estado constitucional exigen que las Constituciones locales de las entidades federativas reconozcan derechos fundamentales y distribuyan el poder público. A su vez, la racionalidad exige que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución local sean distintos a los que garantiza la Constitución federal y los Tratados Internacionales, pues de ser idénticos se reflejaría una inadecuada técnica legislativa que podría derivar en la existencia de dos o más mecanismos de defensa multinivel, así como la existencia de dos o más interpretaciones respecto de un mismo derecho.

En esa tesitura, la justicia constitucional local tiene distintos ámbitos de tutela que las dimensiones nacional y transnacional del Derecho procesal constitucional, pues se enfoca en derechos fundamentales locales distintos a los reconocidos en la Constitución federal y en los Tratados Internacionales, y en la división del poder público de la entidad federativa, aspecto que indudablemente debe regularse en la Constitución estadual.

De suponerse que el control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes tiene por efecto desaparecer al Derecho procesal constitucional local, equivaldría a que las normas de la Constitución local que distribuyen el poder público serían, en términos de Lasalle, una simple *hoja de papel*, pues ningún juzgador podría pronunciarse en defensa del ámbito competencial de alguno de los Poderes constituidos locales. De igual manera, los derechos fundamentales locales novedosos no podrían ser objeto de protección judicial y, por lo tanto, no tendrían plena eficacia jurídica, lo cual desde luego afecta la circulación de modelos propia del Estado federal y la seguridad jurídica de los individuos.

Piénsese en el federalismo estadounidense, pues la justicia constitucional de éste ha avanzado gracias a los derechos fundamentales incorporados en las Constituciones locales, cuyo éxito en su aplicación y tutela ha permitido su eventual incorporación vía enmienda a la Constitución de 1787[52]. De ninguna manera los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución federal y en los Tratados o Convenciones Internacionales abarcan el conjunto ilimitado de prerrogativas que permiten la dignidad humana, y es en ese ámbito en el que el Derecho procesal constitucional local cobra importancia, en la medida que permite la protección de los derechos fundamentales locales que no han sido incorporados a la Constitución federal o a los Tratados o Convenciones Internacionales.

Además, el control difuso únicamente puede implementarse respecto de normas propiamente dichas, de manera que en caso de desaparecer el Derecho procesal constitucional local, quedarían impunes actos específicos

---

52 Sobre la importancia del constitucionalismo local en el federalismo norteamericano, véase: Tarr, G. Alan, *Comprendiendo las Constituciones estatales*, trad. de Daniel A. Barceló Rojas, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, serie Doctrina jurídica, núm. 465, 353 p.

de autoridad que atenten contra los derechos fundamentales y la división del poder público consagrados en las Constituciones locales.

Hay que ser muy cautos y reflexivos para estructurar las tres dimensiones del Derecho procesal constitucional en aras de lograr la máxima protección a los derechos fundamentales y a la división del poder público. Parte de esa reestructuración comprende, desde luego, en repensar los mecanismos de control constitucional nacionales en aras de evitar su injerencia en la defensa de los derechos fundamentales y la división del poder público previstos en las Constituciones locales, por tratarse de un ámbito cuya protección corresponde a los órganos jurisdiccionales de las propias entidades federativas. Avanzar en dos de esas dimensiones y desaparecer la restante constituiría un indebido desmantelamiento del Estado constitucional y del propio Derecho procesal constitucional.

El objeto de estudio del Derecho procesal constitucional local, junto a los dogmas del Estado social y democrático de derecho, sustentan la prevalencia de la justicia constitucional local aún frente al revolucionario desarrollo de las dimensiones nacionales y transnacional del Derecho procesal constitucional, generado por la tendencia a implementar el control difuso de regularidad de las normas.

Referencias Bibliográficas

Armenta López, Leonel Alejandro, *Federalismo*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2010, 239 p.

Ballbé, Manuel y Martínez, Roser, *Soberanía dual y la constitución integradora*, Barcelona, Ariel, 2003, 240 p.

Brage Camazano, Joaquín, «Estudio preliminar: el federalismo alemán» en Häberle, Peter, *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado constitucional*, trad. de Joaquín Brage Camazano, México, IIJ-UNAM, 2006, serie Estudios Jurídicos, núm. 100, pp. XXXV-CXXX.

Cabrera Beck, Carlos G., *El nuevo federalismo internacional. La soberanía en la unión de países*, prólogo de Bernardo Pérez Fernández del Castillo, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2004, 302 p.

Cárdenas Gracia, Jaime, «México a la luz de los modelos federales», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004, pp. 479-510.

Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, décima quinta ed., México, Porrúa-UNAM, 2009, 305 p.

Celotto, Alfonso, «La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos» en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, núm. 1, enero-junio 2004, Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004, pp. 3-14.

Eto Cruz, Gerardo, «John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison» en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, quinta ed., prólogo de Héctor Fix-Zamudio, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2006, pp. 37-79.

Fernández Segado, Francisco, *El federalismo en América* Latina, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2003, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 41, 169 p.

Ferrer Mac-Gregor, «Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho procesal constitucional» en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, quinta ed., prólogo de Héctor Fix-Zamudio, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2006, tomo I, pp. 203-231.

– (2006) «Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México», en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, quinta ed., prólogo de Héctor Fix-Zamudio, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., tomo I, pp. 233-267.

Fix-Zamudio, Héctor, «Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho procesal constitucional» en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, quinta ed., prólogo de Héctor Fix-Zamudio, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2006, tomo I, pp. 269-301.

– (1978) «La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 111, 1978, pp. 641-694.

García Pelayo, Manuel, «El 'status' del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. 1, núm. 1, enero-abril de 1981, pp. 11-34.

González Oropeza, Manuel, «La función judicial en el control constitucional de las entidades federativas. Distribución de competencias del federalismo mexicano», en Cienfuegos Salgado, David (coord.), *Estudios de derecho procesal constitucional local*, México, Universidad Autónoma de Coahuila y Comisión de Fiscalización Electoral, 2008, pp. 209-229.

Häberle, Peter, *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado constitucional*, trad. y estudio preliminar de Joaquín Brage Camazano, México, IIJ-UNAM, 2006, serie Estudios Jurídicos, núm. 100, 186 p.

– (2003) *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, presentación y estudio preliminar de Francisco Fernández Segado, trad. de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, colección Dykinson-Constitucional, 240 p.

Hamilton, Alexander *et al.*, *El federalista*, segunda ed. en español, trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, colección Política y Derecho, 430 p.

María Hernández, Antonio, «Las Constituciones Provinciales en el proceso de democratización de la república federal de Argentina» en Barceló Rojas, Daniel Armando y torres estrada, Pedro Rubén (comps.), pp. 5-30.

Matute González, Carlos Fernando, *El reparto de facultades en el federalismo mexicano*, prólogo de Sergio A. Valls Hernández, México, Porrúa, 2007, 290 p.

Núñez Torres, Michael Gustavo, *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución. El paradigma de Venezuela y España*, México, Porrúa, UANL y Universidad Iberoamericana, 2006, 317 p.

– (2008) «El pacto federal como cláusula institucional del Estado Constitucional» en barceló rojas, Daniel Armando y torres estrada,

Pedro Rubén (comps.), *La reforma del Estado experiencia mexicana y comparada en las entidades federativas*, México, Porrúa, SCJN, EGAP y UNAM, pp. 119-148.

Pegoraro, Lucio, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa-IMDPC, 2006, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 13, 360 p.

– (2002) «La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional» en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 6, enero-diciembre, pp. 393-416.

– (2008) «La disciplina de los derechos en los ordenamientos policéntricos, con particular referencia al caso italiano» en Barceló Rojas, Daniel Armando y torres estrada, Pedro Rubén (comps.), *La reforma del Estado experiencia mexicana y comparada en las entidades federativas*, México, Porrúa, SCJN, EGAP y UNAM, pp. 31-53.

Roura, Santiago A., *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978. El Tribunal constitucional y las comunidades autónomas*, prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Biblioteca nueva, 2003, colección Derecho, núm. 5, 224 p.

Schneider, Hans Peter, «Las nuevas constituciones de los Länder alemanes después de la reunificación. ¿Promotores u obstáculos para el cambio político?», trad. de Joel Martínez Gutiérrez, en Barceló Rojas, Daniel Armando y Torres Estrada, Pedro Rubén (comps.), pp. 63-79.

Serna de la Garza, Jesús María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, segunda ed., México, Porrúa-UNAM, 2009, 441 p.

Suprema corte de justicia de la nación, *El federalismo*, México, SCJN, 2005, serie Grandes temas del constitucionalismo mexicano, núm. 3, 108 p.

Tarr, G. Alan, *Comprendiendo las Constituciones estatales*, trad. de Daniel A. Barceló Rojas, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, serie Doctrina jurídica, núm. 465, 353 p.

– (2008) «Los Estados como innovadores», trad. de X. PanagiaVoyatzís Hernández, en Barceló Rojas, Daniel

Armando y torres estrada, Pedro Rubén (comps.), *La reforma del Estado experiencia mexicana y comparada en las entidades federativas*, México, Porrúa, SCJN, EGAP y UNAM, 2008, pp. 55-62.

Tena Ramírez, Felipe, *El ideario político-constitucional de los criollos mexicanos de 1808*, presentación de Francisco de Icaza Dufour y estudio preliminar de Rafael Estrada Michel, México, Porrúa, Escuela Libre de Derecho e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2010, estudios en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario, 117 p.

Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, segunda ed. en español, traducción de Luis R. Cuéllar, introducción de Enrique González Pedrero y prefacio de J. P. Mayer, México, Fondo de Cultura Económica, sección de obras de política y derecho, 2005, 751 p.

Torres Estrada, Pedro Rubén, «Facultades concurrentes» en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, México, Porrúa-IMPDPC-UNAM-CITEJYC UANL, 2012, Biblioteca Porrúa de Derecho procesal constitucional, núm. 66, pp. 180-181.

Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los «modelos» de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, trad. de Teresa García-Berrio H., México, Porrúa-IMDPC, 2011, Biblioteca Porrúa de Derecho procesal constitucional, núm. 50, 171 p.

Vega García, Pedro de, «Constitución y democracia» en López Pina, Antonio (ed.), *La Constitución de la Monarquía Parlamentaria*, México-Madrid-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 43-73.

HACIA UNA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

PADILLA CRUZ, DANIEL ZEPEDA GARCIA y LUIS FERNANDO

1. Constitución y Derecho Procesal

La Constitución definitivamente debe ser la fuerza de gravedad dentro del Estado Constitucional, representa la fórmula institucional donde se funden el «*Estado Social y Democrático de Derecho, dentro de la cual coexisten coordinadamente principios liberales y democráticos*»[1]. De manera natural los paradigmas que la ciencias constitucional va desarrollando gradualmente van permeando a todo el ordenamiento jurídico, consiguiendo la constitucionalización del mismo a medida que las normas constitucionales van logrando condicionar al ordenamiento jurídico llegando incluso hasta el actuar político y social de un Estado[2].

Los procedimientos y los procesos[3] que se empleen para resolver los conflictos constitucionales deben encontrarse estructurados para cumplir la función de salvaguardar los derechos fundamentales y armónicamente con estosejercer eficientementela administración pública del Estado. La naturaleza de los procesos constitucionales reclama una independencia dentro del Derecho Procesal, requiriendo una construcción conceptual autónoma de los procesos empleados en la justicia ordinaria.

---

1 Núñez Torres, Michael, *La Capacidad Legislativa del Gobierno desde el concepto de Institución. El paradigma de Venezuela y España*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana-Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006, p. 101.

2 Cfr. Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Distribuciones Fontamara, 2007, pp. 147-158.

3 Para conocer de manera más amplia ambos conceptos, véase, Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, José Casáis y Santaló (traduc.), 3a. dup., Madrid, Editorial Reus, 1922, vol. XLV, t. I, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, pp. 81-100. y t. II, pp. 143-148, respectivamente, también puede verse el enfoque de ambos conceptos y su relación con la materia constitucional dentro de la obra del profesor, Colombo Campbell, Juan, El Debido Proceso Constitucional, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, pp. 22-35.

La tarea no es sencilla puesto que requiere de conocimientos propios del Derecho Procesal y del Derecho Constitucional para la construcción científica de un proceso constitucional que desarrolle su propia teoría general del proceso, es una tarea colosal y seria arrogante tratar de formular una teoría al respecto en el presente trabajo. Lo que pretendemos es denunciar la necesidad de trabajar en la construcción de una Teoría General del Proceso Constitucional, que permita una actualización de los conceptos tradicionales[4] (jurisdicción, acción y proceso) al proceso constitucional, adoptary cuando sea necesario construir conceptos comunes a los procesos constitucionales, desde la óptica, principios, fines y valores que pretende alcanzar el constitucionalismo contemporáneo.

Es necesario trabajar en la construcción de una teoríadel proceso desde la visión de la constitución como norma, que contribuya a delimitarla naturaleza de las acciones constitucionales,y construir conceptos comunes que desde los procesos constitucionales, deban de permear al resto de los procesos de justicia, encaminados a construir una vía para hacer valer derechos fundamentales, neutralizando que en los procedimientos se pueda llegar a violentarlos, puesto que»el Estado debe tomar acciones para la realización de los derechos fundamentales»[5].

Deben reconsiderarse muchas de las conceptualizaciones procesales tradicionales a la luz de los fines constitucionales,siempre con cautela y responsabilidad, debemos evitar fines no deseados como la deformación de los derechos o que el constitucionalismo se convierta en ese hoyo negro que todo lo destruye y de manera de manera desbocada se persiga «la invocación de la Constitución en todo litigio imaginable»[6].

---

4 Cfr. Garberí Llobregat, José, *Constitución y Derecho Procesal-Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, España, Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi, 2009, pp. 30-35.

5 Véase, Núñez, Michael y Neria Govea, Miguel, «Tutela judicial efectiva y el debido proceso. Del debido proceso formal al debido proceso sustantivo», en Núñez Torres, Michael (coord.), *El debido proceso en el Derecho Constitucional Procesal mexicano a la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionalese internacionales*, México, Bosch, 2013, p. 46.

6 Laporta, Francisco, «El ámbito de la Constitución», *Doxa*, España, núm. 24, 2001, *http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_18.pdf.*

Cada rama del Derecho tiene su fin y sus particularidades, «el Derecho Constitucional no puede anularlos desde arriba o desde el lado»[7], lo único en lo que se puede exigir es que su desempeño no se contrapongalos derechos fundamentales reconocidos dentro del ordenamiento jurídico, y al conseguir las ramas tradicionales del Derecho lo anterior se debe de respetar su independencia, de lo contrario el constitucionalismo caería en la tiranía que pretende contrarrestar.

La jurisdicción ordinaria tiene una importante labor dentro del ordenamiento jurídico, no abandona, ni debe abandonar su papel como la maquinaria de administración de justicia por excelencia, si bien «el control constitucional difuso es una consecuencia necesaria del principio de supremacía constitucional, que obliga a todos los jueces a serlo de constitucionalidad y no de mera legalidad, de acuerdo con la dogmática del Estado Constitucional»[8], una Teoría General del Proceso Constitucional ayudaría a delimitar en que momento el juez ordinario actúa como juez constitucional, y de manera paralela al Derecho Constitucional sentaría las bases teóricas respecto de los alcances de la justicia constitucional con relación a la justicia ordinaria.

Es por ello que en el presente trabajo denunciamos la importancia que el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal generen esa sinergia tendiente a realizar, los ajustes a los principios procesales conocidos, reconceptualización de figuras y generación de nuevos conceptos, para conseguir una justicia constitucional, denunciar la necesidad es el primer paso para que la ciencia jurídica trabaje en la construcción de procesos y procedimientos científicos una de acuerdo a los nuevos paradigmas que rodean a la institución llamada constitución y su aplicación en las diferentes vertientes.

---

7 Cfr. Brage Camazano, Joaquín, «Estudio Introductorio el Tribunal Constitucional Federal y la jurisdicción constitucional en Alemania con particular referencia al pensamiento de Peter Häberle y Konrad Hesse, en Hesse, Konrad y Häberle, Peter, Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional con especial referencia el Tribunal Constitucional Alemán, BrageCamazano, Joaquín (traduc.), México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011, p. 39.

8 Núñez, Michael y Neria Govea, Miguel, *op. cit.*, nota 5, p. 40.

2. Derecho Procesal Constitucional en proceso de consolidación

Una constitución que no contemple medios efectivos para que en una vía jurisdiccional se puedan hacer valer los derechos fundamentales que se consagran en ella, se encuentra desnuda ante los caprichos del poder[9]. El Profesor Manuel Aragón, se atreve afirmar que sin garantías jurídicas, no existe la Constitución como Derecho[10], ante estos escenarios la justicia constitucional por conducto de un Tribunal dentro o fuera de los poderes tradicionales se ha ido consagrando como el mediomás efectivo y constitucionalmente legitimado[11] de la defensa de»la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *lex superior*»[12].

Los estudios sobre laJusticia Constitucional son relativamente jóvenes dentro de la ciencia jurídica.La mayor parte del tiempo los doctrinarios han dirigido sus investigaciones con el objeto de justificar, teorizar y consolidar la existencia de una jurisdicción constitucional ydefinir sus límites. «Hace relativamente poco tiempo que los teóricos del derecho pasaron a dedicar mayor atención a su aspecto procedimental, antes considerado como poseedor de una función subsidiaria en relación con las normas materiales»[13].

El jurista italiano Gustavo Zagrebelsky abiertamente ha cuestionado la existencia de un Derecho Procesal Constitucional,su análisis radica en que «cada concepción de la Constitución lleva consigo una concepción del

---

9 Cfr. Figueruelo Burrieza, Ángela, «Significado y funciones del Derecho Constitucional», *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, Brasil, núm. 19, Enero-Junio de 2012, p. 57.

10 Cfr. Aragón, Manuel, «La Constitución como paradigma», en Carbonel, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, 5a. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 118.

11 Cfr. Brewer-Carias, Allan R., *La Justicia Constitucional (Procesos y Procedimientos Constitucionales)*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007, pp. 51-57.

12 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, España, Civitas, 2001, p. 49.

13 Guerra Filho, Willis Santiago, «Sobre la dimensión jusfilosófica del Proceso», *Doxa*, España, núm. 24, vol. II, 1998, p. 179, *http: //bib. cervantesvirtual. com/servlet/ SirveObras/ 23582844322570740087891/ cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_ 14.pdf*

procedimiento, como toda concepción de procedimiento lleva consigo una concepción de la Constitución»[14]. Siguiendo las ideas del profesor italiano identifica a los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de casos controvertidos, desde el concepto de Justicia Constitucional, que no genera distancia o independencia entre el procedimiento y la teoría constitucional, binomio indispensable la resolución de un conflicto a nivel constitucional[15].

La problemática principalmente la dirige a los procedimientos que tienen como objeto pronunciarse respecto de la constitucionalidad de una ley, y eventualmente reconoce la necesariaparticipación del Derecho Procesal como un encargado de construir los procedimientos que el Derecho Constitucional necesita, su «concepción del procedimiento constitucional como proceso constitucional no es para nada la reproposición de un residuo superado de épocas superadas»[16], sino de la generación de figuras innovadoras a las que no hace alusión.

Desde luego sería irresponsable haber ignorado las críticas de un constitucionalista que ha generado importantes aportaciones a la doctrina constitucional contemporánea. Consideramos que van de la mano con las tesis que defiende en la obra que en castellano se le ha denominado el Derecho Dúctil donde, respecto de las necesidades de generarese cambio genético para poder vivir plenamente el Estado Constitucional.

El profesor italiano ha defendido que «La primera de las tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la Ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, validas por si mismas con independencia de la ley»[17], y dejar el cumplimiento de las premisas fundamentales consagradas constitucionalmente parece inconcebible para el autor, de acuerdo a la tesis que propone de «la separación de la justicia

---

14 Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho Procesal Constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, Ainciburu, María Cecilia (traduc.), México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2002, p. 18.

15 Cfr. *Ibídem*, p. 17.

16 *Ibídem*, p. 39.

17 Zagebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Gascón, Marina (traduc.), España, Trotta, 2011, p. 47.

respecto de la ley»[18] y la sustitución de los «Derechos por Principios»[19], de ahí que nos adherimos a sus preocupaciones respecto al Derecho Procesal Constitucional.

Uno de los mayores exponentes del Derecho Procesal Constitucional es el Profesor Eduardo Ferrer-Macgregor[20], con abundantes aportes doctrinales, que sin menospreciar su trabajo contribuyen más a una sistematización de información de los juristas que han abordado estudios de Derecho Procesal y Derecho Constitucional, que a trabajar en la conceptualización, desarrollo y propuesta de nuevos paradigmas dentro de la materia. El profesor Ferrer-Macgregor[21] asegura que los aportes doctrinales de Kelsen, Alcalá-Zamora y Castillo, Couture, Calamandrei y Fix-Zamudio, dieron origen a una disciplina jurídica autónoma llamado Derecho Procesal Constitucional[22], discrepamos que esos valiosos aportes doctrinales alcancen para elevar a la categoría de ciencia, o para construir con bases sólidas de una disciplina jurídica autónoma dentro del Derecho Procesal.

Es cierto que los estudios en que se identifican con el rubro de Derecho Procesal Constitucional abundan especialmente en latinoamérica, pero nos hemos encontrado con la sorpresa que se limitan a describir, cómo funcionan los procedimientos de solución de conflictos constitucionales en las diferentes

---

18 *Ibídem*, pp. 93-106.

19 *Ibídem*, pp. 109-126.

20 Pueden apreciarse bastante obras en el sentido de consolidar al Derecho Procesal Constitucional dentro de la ciencia jurídica, entre estas la más reciente Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, España, Marcial Pons, donde dentro de una obra se recopilan treinta y seis ensayos que el autor ha publicado en diversas revistas sobre esta materia, sin embargo como lo dice el Profesor Mac-Gregor, no se trata de una obra acabada y sistemática.

21 En su más reciente obra el Diccionario especializado en la materia obra no se contempló una definición para la construcción de una Teoría General del Proceso Constitucional, aunque tampoco es de despreciable la riqueza conceptual que puede ayudar a construir esta obra, *véase*, Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM- Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal, 2014, Vol. I y II.

22 *Véase*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «La ciencia del Derecho Procesal Constitucional», Colombia, *Díkaion*, vol. 22, núm. 17, diciembre, 2008, pp. 97-129.

legislaciones, pero son pocos los aportes científicos, consolidándose la preocupación del profesor Peter Häberle enque «la ciencia jurídico-constitucional no puede degenerar en un mero «(post)glosador» de la jurisdicción constitucional»[23], requiere de «propuestas teóricas «autónomas», «tenaces», «hallar» nuevos paradigmas»[24] que ayuden a la construcción científica de la ciencia jurídica.

3. La necesidad de construir una Teoría General del Proceso Constitucional

La Teoría General del Proceso reviste una pieza clave para el Derecho. El Derecho Procesal es el vehículo que permitirá aplicar el derecho sustantivo, siendo que la Teoría del Proceso es la parte general de aquél, misma que es indispensable para teorizar y obtener un conocimiento científico acerca del derecho adjetivo[25]. Situación análoga ocurre con el Derecho Procesal Constitucional. Esta disciplina debe contar con su parte general, una Teoría del Proceso Constitucional, en la cual se tenga como objeto de estudio los principios, las instituciones y los conceptos específicos del proceso constitucional; lo precitado, en aras de administrar e impartir justicia en la materia constitucional.

A mayor abundamiento, la Teoría del Proceso Constitucional habrá de sentar un estándar, o dicho de otra manera, plasmar los denominadores comunes, que debe integrarse o respetarse en cada uno de los procesos constitucionales, matizando por supuesto cada institución procesal –en razón del objeto de control que se tiene en cada uno de los juicios constitucionales–, pues cada proceso posee características que obligarán a realizar las adecuaciones pertinentes.

Luego entonces, discurre que el Derecho Procesal Constitucional es indispensable para lograr la impartición de la justicia en materia constitucional

---

23 Häberle, Peter, *op. cit*., nota 7, p. 128.

24 *Ídem.*

25 Recordemos el origen del derecho procesal como ciencia, al tener lugar en Alemania la polémica sobre la acción. Para revisión de las épocas del derecho procesal en el plano científico, *véase,* Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto,*Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972) Tomo II Números 12-30,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp.293-326.

y, a su vez, el Derecho Procesal Constitucional debe contar con una Teoría General del Proceso Constitucional.

La Teoría General del Proceso Constitucional habrá de tomar como puntos de partida tanto a la Teoría General del Proceso, analizarla, conceptualizarla y estructurarla a la luz del Derecho Constitucional, y considerando los conocimientos de ambas disciplinas jurídicas, se estudiarán y elaborarán genéricamente los principios, las instituciones y los conceptos atinentes al proceso constitucional, lo anterior puesto que se tiene que considerar que «no todos los Estados constitucionales se encuentran en la misma fase de desarrollo: hay diferencias temporales que hay que reflexionar en todo asesoramiento político y constitucional y en toda comparación jurídica y que también pueden conllevar un enriquecimiento»[26].

El objeto de estudio de la Teoría General del Proceso Constitucional será muy distintivo y exclusivo, dado que tienen como propósito construir los procesos que permitan aplicar la norma suprema, debiendo de analizar mediante el derecho comparado los elementos comunes que se presentan dentro de los tribunales constitucionales, competencias,jurisprudencia y la Teoría de la Constitución, para sistematizarlos y proponer conceptos comunes dentro de los procedimientos constitucionales.

Desde luego creemos que la trilogía del derecho procesal: acción, jurisdicción y proceso; referida por Ramiro J. Podetti, no se torna obsoleta en nuestros tiempos, menos aún en el derecho procesal constitucional. Sino que adquirirá nuevas configuraciones que colmen los fines que persigue la Teoría General del Proceso Constitucional: velar por la estructuración, establecimiento y operación de mecanismos que permitan resolver controversias conforme a lo consagrado en la Constitución, en otras palabras, siendo la carta constitucional la norma por aplicar para dirimir el conflicto. Estos mecanismos concomitantemente tendrán que respetar el pacto constitucional y tendrán que apartarse de los principios que los procesos tradicionales contemplen cuando se contrapongan con los fines constitucionales.

Desde luego no es una carrera de velocidad, sino de resistencia, lo que se expone es la necesidad de ir construyendo estos conceptos

---

[26] Häberle, Peter,*op cit.*, nota 7,p. 175.

fundamentales –y otros, los que se requieran para lograr la aplicación debida de la Constitución en la solución de controversias, así como los principios y las instituciones correspondientes–, desde una perspectiva general, que adopte los conocimientos científicos necesarios y aplicables de la Teoría del Proceso y del Derecho Constitucional, configurándolos y/o ajustándolos para cada uno de los procesos constitucionales (controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad y juicio de amparo), con la finalidad de que los principios, las instituciones y los conceptos de la Teoría General del Proceso Constitucional sirvan de referente al Derecho Procesal Constitucional y así se tenga un proceso de control de constitucionalidad constitucional[27].

La tarea no es fácil y se avizora un camino largo por recorrer, sin embargo, por tratarse de la Constitución, es indispensable y se requiere su inicio de inmediato, pues la Teoría General del Proceso Constitucional será un elemento *sine qua none* para la construcción, el mantenimiento y el desarrollo del Estado Constitucional.

Para ejemplificar la relevancia de una Teoría General del Proceso Constitucional se comentan dos puntos fundamentales. Uno de los íter a estudiar por la Teoría General del Proceso Constitucional será definir cuál visión de proceso constitucional se defenderá, una en la cual el juicio constitucional, como institución, busca «la garantía de la coherencia del ordenamiento respecto a la Constitución»[28], o bien, lo que se busca en un proceso constitucional es fijar un «instrumento directo de defensa de los derechos constitucionales»[29].

---

27 Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México emitió un fallo en el cual se admite que una norma procesal que pretende controlar la constitucionalidad podría vulnerar el pacto constitucional, *véase*, «Control de constitucionalidad y de convencionalidad de normas procesales aplicadas durante la tramitación del juicio de amparo. El Tribunal Colegiado de Circuito puede efectuarlo al conocer del recurso de queja previsto en el artículo 95, fracción VI, de la Ley de Amparo, abrogada». Registro No. 2003949, Tesis: IV.2o.A.24 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 2, p. 1363.

28 *Op. cit.*, nota 14, p.26

29 *Ídem.*

El segundo de los ejemplos, definir el papel de los tribunales que ejercen el control de constitucionalidad al resolver asuntos en los cuáles se aduce una violación a los derechos humanos en las relaciones entre particulares, mediante los instrumentos jurisdiccionales diseñados primigeniamente. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales «*ha supuesto un interesante esfuerzo por parte de los tribunales constitucionales para adaptar las garantías consagradas en los distintos ordenamientos para protección de derechos fundamentales –concebidas inicialmente para operar sólo frente a lesiones iusfundamentales provenientes de los poderes públicos– a los conflictos que tienen lugar en el tráfico jurídico inter privatos*»[30].

4. Derecho Procesal Constitucional un objeto de estudio compartido

La posibilidad de controvertir los actos y las normas generales por estimarse que no son conformes a los derechos, los valores, los principios y las reglas consagradas en la carta constitucional, viene a ser un punto definitorio que marca tanto al Derecho Constitucional como a la Teoría General del Proceso.

Requerimos un estudio serio en el cual se interrelacionen la parte general del Derecho Procesal –Teoría General del Proceso– y el Derecho Constitucional, ya que hoy en día se encuentra elaborado un vínculo patente entre ambas ramas del Derecho, en el caso mexicano es palpable con las reformas constitucionales que han acontecido en México durante las dos últimas décadas[31].

---

[30] Julio Estrada, Alexei, «Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales», en Carbonell, Miguel (ed.),*Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, España, Trotta, 2007, p. 121.

[31] La reforma constitucional datada el 31 de Diciembre de 1994, a través de la cual se incorporaron instrumentos jurisdiccionales de control de constitucionalidad (controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad); así como la reforma constitucional de fecha 06 de Junio de la anualidad 2011, por medio de la cual se realizaron cambios al texto constitucional atinentes al juicio de amparo; ésta última reforma constitucional motivó la creación promulgación y publicación de una nueva ley de amparo, misma que fue dada a conocer en el Diario Oficial de la Federación el día 02 de Abril de 2013.

El Profesor Michael Núñez Torres advierte oportuna y cabalmente sobre este tópico, al afirmar que «*en la actualidad existe toda una mutación de la configuración constitucional y legal de las instituciones procesales, que se aprecia cuando éstas aparecen de pronto con una estructura y unos fines muy distintos a los que venían asumiendo desde el siglo XIX, y por lo tanto, obligan a una revisión constante de la función jurisdiccional y su adecuación a los nuevos paradigmas*»[32].

En efecto, la Teoría General del Proceso tiene como objeto de estudio –en su plano científico– el «*conjunto de conceptos ordenados y sistematizados referidos a las normas procesales y a las conductas procesales mismas*»[33]. Por consecuencia, atañe al Derecho Procesal –en su parte general– el estudio de los principios, las instituciones y los conceptos que son comunes a todos los procesos. En tratándose del Derecho Procesal Constitucional, tenemos que «*es la disciplina jurídica que se encarga del estudio sistemático de la jurisdicción, magistratura, órganos y garantías constitucionales, entendiendo estas últimas como los instrumentos predominantemente de carácter procesal dirigidos a la protección y defensa de los valores, principios y normas de carácter fundamental (procesos y procedimientos constitucionales)*»[34].

En esa tesitura, para construir una teoría general del proceso constitucional se tiene que dominar a profundidad la rama del Derecho Constitucional y la disciplina de la Teoría General del Proceso, pues solamente de una correcta simbiosis entre ambas materias jurídicas podremos establecer un conjunto de conocimientos científicos relativos al Derecho Procesal Constitucional. Los investigadores que decidan enfocar sus trabajos en el Derecho Procesal Constitucional tienen que estudiar –como presupuesto– lo que nos atrevemos a intitular Teoría General del Proceso Constitucional.

Coincidimos con el jurista italiano Zagrebelsky, cuando al responder a la pregunta de si es posible hablar de un Derecho Procesal Constitucional,

---

32 Núñez Torres, Michael G. (coord.), *op. cit.*, nota 5, p. 9.

33 Gómez Lara, Cipriano, «La teoría general del procesl y sus conceptos generales», *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, México, Cajica, 2002, Vol. 1, p. 378.

34 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 20, p. 49.

señala que «*sí, pero sui generis –es más: muy sui generis– que comprenda la pluralidad de perspectivas, que deben reconstruirse alrededor de bienes jurídicos múltiples*»[35].

El Derecho Procesal Constitucional tiene una característica especial al regular los procesos –por consiguiente, los instrumentos jurisdiccionales que constituyen los medios para lograr la operatividad del ordenamiento constitucional– que hacen –o harán– dable la aplicación de la Constitución, en la solución de los conflictos intersubjetivos[36]. Por tanto, los conocimientos científicos del Derecho Procesal Constitucional no pueden desligarse de su objeto de estudio: la norma de normas, la Constitución.

El Derecho Procesal Constitucional tiene que construir una teoría general del proceso constitucional; y ésta disciplina jurídica estar consciente de la «*ductilidad constitucional*»[37], ya que «*la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir*»[38].

5. El rol de los derechos fundamentales en la Teoría General del Proceso Constitucional

El papel de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional es de gran calado, el Estado se organiza y funciona para salvaguardar a sus gobernados; los Poderes Públicos tienen que respetar y lograr la plena eficacia de los derechos humanos, actualmente no es suficiente una abstención sino que en ocasiones es necesaria una actuación para remover los obstáculos

---

35 Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit*, nota 14, p. 57

36 Empero, deónticamente las cuestiones constitucionales no subsumirán al resto de materias jurídicas, en razón de que cada una de las ramas del Derecho tienen sus principios, valores y reglas concretas y específicas. Solamente en supuestos concretos el control de constitucionalidad tendrá que extenderse a casos particulares en los que se note una violación constitucional.

37 Zagrevelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 17, p.14

38 *Ídem.*

que imposibilitan el goce de esos derechos. En ese hilo conductor, la Teoría General del Proceso Constitucional tiene que ir de la mano con el concepto que se tenga de los Derechos Fundamentales, mismos que se definirán con relación al concepto que se tenga de Constitución[39], para que los procesos constitucionales que se instauren en el sistema jurídico no conculquen esos derechos humanos.

Los derechos humanos son el núcleo de la Constitución, la parte dogmática se reposiciona como el eje toral de la carta constitucional, por lo que inevitablemente los derechos fundamentales tendrán que respetarse en cada disposición del ordenamiento jurídico, no excluyendo las normas procesales, menos aún aquellas relacionadas con los procesos constitucionales. Destacamos por tanto la urgencia de generar ese conocimiento científico que conforme el objeto de estudio de la Teoría General del Proceso Constitucional.Insistimos, «los derechos fundamentales… exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia sobre el conjunto del sistema; ya no disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas, de manera que bien puede decirse que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la constitución y en sus derechos»[40].

No hay desacuerdo en que «*la Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de las libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad*»[41]. La ley fundamental regula los Poderes Públicos constituidos,

---

39 Zagrevelsky, Gustavo, en su obra *«¿Derecho Procesal Constitucional? Y otros ensayos de justicia constituciona»l*, escribe que cada concepción de la Constitución lleva consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento lleva consigo una concepción de la Constitución. *Op. cit.*, nota 14, p. 18.

40 Prieto Sanchís, Luis, «El constitucionalismo de los derechos», *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, España, Trotta, 2007, p. 216.

41 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, p. 49.

reconoce los derechos humanos[42] contenidos en el propio texto constitucional así como los previstos en los Tratados Internacionales y marca las tareas a desplegar por parte de los entes estatales.

Inicialmente, los Poderes Públicos eran los únicos obligados por el ordenamiento constitucional; sus tareas constitucionales se veían frenadas y circunscritas por la esfera jurídica –funcionaba ésta como muro de contención en favor– de los gobernados, integrada y definida por los derechos público subjetivos consagrados en la carta constitucional. «*Difícilmente un Estado constitucional o cualquier orden social puede renunciar hoy a garantizar los derechos fundamentales*»[43]. Aquí emerge un cambio en la visión del papel que el Estado tiene ante los derechos humanos.

En la época contemporánea no es suficiente un papel de abstención por parte de la organización estatal, sino que los Poderes Públicos tendrán en ocasiones que actuar para la consecución de la eficacia de los derechos fundamentales. De esta forma, el Estado tiene una dicotomía en su labor: evitar a sus integrantes –por acción u omisión– la vulneración de los derechos humanos; e intervenir en aquellos supuestos en los cuáles se requiere la actuación del Estado para alcanzar la eficacia de los derechos público subjetivos[44].

---

42 La redacción del artículo 1º constitucional, primer parágrafo, consagra: «En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos *reconocidos* en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece».

43 Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 119.

44 Sirva de ejemplo lo que doctrinal y jurisprudencialmente se aborda entratándose de la igualdad en sentido sustancial, *véase*, Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, 2006, pp. 270-299; y tesis dictada por un órgano conformante del Poder Judicial de la Federación: «Alimentos. Obligación de proporcionarlos a favor de la mujer en los casos en que se disuelva el vínculo matrimonial por una causal en la que no exista cónyuge culpable, es una medida de discriminación positiva o acción afirmativa del legislador del Estado de Chiapas»; Registro No. 2001828, Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) 3 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4, p. 2364.

Aunado a la abstención e intervención en –y para– la aplicación efectiva de los derechos humanos, la evolución del derecho constitucional y las distintas situaciones multifactoriales y dificultosas que fueron aconteciendo en la interacción de las comunidades y sus integrantes durante el Siglo XX[45] –y lo que está acaeciendo en el Siglo XXI–, originó la eventualidad de violación de los derechos humanos en las relaciones entre particulares[46].

Por ende, «*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 desvinculan de la función unilateral de protección y sirven, asimismo, como fundamento de los deberes de actuación estatal*»[47]. Los derechos humanos se posicionan en un lugar preponderante dentro del contenido normativo del pacto constitucional, impactando en toda la organización comunitaria –no limitándose a los órganos público estatales–, e imponiendo inclusive obligaciones de hacer al Estado, en cada uno de los ámbitos en que discurra su actuación, teniéndose siempre como guía el catálogo de derechos humanos consagrados en la carta constitucional y en los Tratados Internacionales.

Acorde con la tendencia doctrinal, la Primera Sala del Máximo Tribunal de Justicia en México ha emitido tesis, conformando jurisprudencia por reiteración, en la cual sostiene que «*los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean*

---

45 Las trágicas y desastrosas Guerras Mundiales; el avance científico y tecnológico que torna nuestras sociedades más complejas y variadas y las expone a nuevas clases de escenarios –y riesgos–, la globalización –y especialmente su veta económica– que repercute en todo el enramado de la sociedad, por mencionar algunos de los fenómenos políticos, económicos, sociales y culturales que se presentan en nuestros días.

46 Un artículo interesante y que reseña el tópico, *véase*, Valadés, Diego, «La protección de los derechos fundamentales frente a particulares», en *Anuario de Derechos Humanos*, España, nueva época, vol. 12, 2011, pp. 439-470.

47 Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, España, Trotta, 2006, p. 156.

todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva)»[48]. Concluimos expresamente del rubro y del contenido de la tesis que los derechos fundamentales tienen vigencia en las relaciones entre particulares[49].

Ergo, la Norma Constitucional habrá de ser observada tanto por los entes públicos como en las relaciones entre particulares.

Siguiendo el orden de ideas de los acápites precedentes, es indiscutible que la Constitución (en el Estado Constitucional), al ser una norma jurídica, suprema, que permea cada uno de los ámbitos de la vida de la sociedad (en general y en particular), resulta «*jurisdiccionalmente aplicable*»[50]. El pacto constitucional no será más un documento que contenga disposiciones no exigibles (ya sea directa o indirectamente), sino que a los gobernados les es dable peticionar el cumplimiento de la Constitución con las garantías jurisdiccionales estatuidas en la propia norma fundamental para esos efectos.

---

48 «Derechos fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares»; Registro No. 159936, Tesis: 1a./J.15/2012 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, p. 1020.

49 Existen tesis publicadas que continúan la postura sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, verbigracia, *véase* «Libertad de expresión y derecho al honor. Se actualiza su vigencia en las relaciones entre particulares cuando se alegue una colisión entre los mismos», Registro No. 2003078, Tesis: 1a. LXX/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, p. 888; «Derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales. Gozan de eficacia en las relaciones entre particulares», Registro No. 2002746, Tesis: 1a. XLI/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1, p. 799; «Derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación gozan de eficacia en las relaciones entre particulares». Registro No. 2002504, Tesis: 1a. XX/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1, p. 627; y «Revisión en amparo directo. Resulta la vía adecuada para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conozca de aquellas sentencias de los Tribunales Colegiados de Circuito que no reparen una violación de derechos fundamentales cometidas por un particular», Registro No. 161192, Tesis: 1a. CLII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 230.

50 Aragón Reyes, Manuel, «La Constitución como paradigma», en Carbonell, Miguel, *op. cit.* nota 10, p. 113.

Ello dio origen a los dos principales sistemas de control de constitucionalidad, denominados: americano y continental europeo[51]. En el sistema americano «*la vía para plantear la cuestión de inconstitucionalidad es incidental o prejudicial en cuanto se promueve ante el juez ordinario a fin de que el mismo esté en posibilidad de desaplicar… las normas… que estimen contrarias a las normas fundamentales*»[52]. Por otra parte, el sistema kelseniano –continental europeo– «*se ha caracterizado por configurar un sistema calificado de concentrado… cuya vía es directa ante el órgano especializado*»[53].

El control de constitucionalidad provocó el fortalecimiento y la consolidación –surgimiento en algunas latitudes– de los Tribunales o las Cortes Constitucionales, haciéndolos «*la institución más divulgada en las Constituciones vigentes y más típica del constitucionalismo*»[54].

La instauración, propagación y fortalecimiento del control de constitucionalidad en cada uno de los sistemas jurídicos de los Estados, trae aparejadas consecuencias hasta antes no previstas, por lo que es pertinente que se analicen las variables conducentes con el objetivo de implementar y operar instrumentos jurídico-procesales que logren de la manera más óptima la observancia –y en caso de conculcación, su reparación– de la carta constitucional. Estas aristas temáticas se especifican y abordan en el apartado subsecuente.

6. Conclusión

No se puede hablar propiamente de un Derecho Procesal Constitucional, fuerte, sistematizado, con una independencia conceptual,

---

51 *Véase* Ruiz Miguel, Alfonso. «Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional», Doxa, España, núm. 23, 2000, pp. 145-160, *http: //bib. cervantesvirtual. com/ servlet/ SirveObras/ 12383873132368273109213/ Doxa23_07.pdf*

52 Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, 2009, p. 4.

53 *Ibidem*, p. 5.

54 Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 87.

que se aborde de manera científica aportando propuestas, generando teorías alternas, teorías complementarias, sin construir antes Teoría General del Proceso Constitucional. No pretendemos menospreciar el trabajo que se ha estado efectuando dentro en la materia, sería irresponsable y arrogante no reconocer los aportes doctrinales que se están efectuando, con la misma objetividad tampoco se puede ser indiferente que la gran mayoría de los trabajos se encuentran motivados, más por el comportamiento de los Tribunales Nacionales y Trasnacionales, que propiamente por la construcción de propuestas teóricas a las problemáticas que la aplicación de la Constitución y de los Derechos Fundamentales genera dentro del ordenamiento jurídico desde la óptica de una perfección de los procesos y procedimientos que se han construido y gradualmente influir positivamente sobre la Jurisdicción Constitucional.

Referencias Bibliográficas

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972), México,* Universidad Nacional Autónoma de México, t. II, núms. 12-30.

Brewer-Carias, Allan R., *La Justicia Constitucional (Procesos y Procedimientos Constitucionales)*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, 2006.

Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, 5a. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

Carbonell, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo ensayos escogidos*, España, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

Colombo Campbell, Juan, *El Debido Proceso Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, José Casáis y Santaló (Traduc.), 3a. dup., Madrid, Editorial Reus, 1922, vol. XLV, t. I y t.II, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros.

Figueruelo Burrieza, Ángela, «Significado y funciones del Derecho Constitucional», *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, Brasil, núm. 19, Enero-Junio de 2012,p.51-66.

Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional con especial referencia el Tribunal Constitucional Alemán*, BrageCamazano, Joaquín (traduc.), México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, España, Marcial Pons.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM- Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal, 2014, Vol. I y II.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «La ciencia del Derecho Procesal Constitucional», Colombia, *Díkaion*, vol. 22, núm. 17, diciembre, 2008, pp. 97-129.

Garberí Llobregat, José, *Constitución y Derecho Procesal-Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, España, Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi, SA., 2009.

Fix-Zamudio, Héctor y ferrer mac-gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, 2009.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, España, Civitas, 2001.

Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Distribuciones Fontamara, 2007.

Guerra Filho, Willis Santiago, «Sobre la dimensión jusfilosófica del proceso», *Doxa*, España, núm. 24, vol. II, 1998, pp. 179-187, *http: //bib. cervantesvirtual. com/servlet/SirveObras/ 23582844322570740087891/ cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_14.pdf*

Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.

Gómez lara, Cipriano, «La teoría general del proceso y sus conceptos generales», *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, México, Cajica, 2002, vol. I.

Núñez Torres, Michael, *La Capacidad Legislativa del Gobierno desde el Concepto de Institución, El paradigma de Venezuela y España*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana-Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006.

Núñez Torres, Michael (coord.), *El debido proceso en el Derecho Constitucional Procesal mexicano a la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionalese internacionales.* México, Bosch, 2013.

Laporta, Francisco, «El ámbito de la Constitución», *Doxa*, España, núm. 24, 2001, pp.459-484, *http: //bib.cervantesvirtual.com/ servlet/ SirveObras/ 01372719768028837422802/ doxa24/doxa24_18. pdf.*

Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.

Ruiz Miguel, Alfonso. «Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional», *Doxa*, España, núm. 23, 2000, pp. 145-160., *http: //bib. cervantesvirtual. com/ servlet/ SirveObras/ 12383873132368273109213/ Doxa23_07.pdf*

Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución,* España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Valadés, Diego, «La protección de los derechos fundamentales frente a particulares», *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, nueva época, vol. 12, 2011, pp. 439-470.

Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho Procesal Constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*, Ainciburu, María Cecilia (traduc.), México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2002.

Zagebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Gascón, Marina (traduc.), España, Trotta, 2011.

¿Convención Americana vs Constitución?
Análisis de los alcances de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el orden constitucional mexicano

Laura Alicia Camarillo Govea

1. Introducción

El 22 de noviembre de 1981 el Estado mexicano firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o CADH), y contrajo una serie de obligaciones en el ámbito internacional relativas a la protección de los derechos humanos. Posteriormente en 1998 aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana o CrIDH) y mediante ello se sometió a su jurisdicción. Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos estos dos acontecimientos son importantes en el avance, progresividad y defensa de aquéllos derechos. Sin embargo es hasta la reforma constitucional del 2011, relativa al artículo primero constitucional y otros artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante la Constitución mexicana), que en el sistema jurídico mexicano se abre un nuevo paradigma en su concepción y protección. En esos términos el propósito de esta investigación es analizar la relación entre la Convención Americana y la Constitución mexicana, los alcances y en su caso aportaciones de la Convención Americana a la Constitución mexicana que recientemente reformó el art. primero constitucional y que en ese sentido dimensionó los tratados internacionales, es menester revisar el impacto de la Convención en cuestión en el ordenamiento nacional, para finalmente plantearnos si entre Convención Americana y Constitución Mexicana existe una relación vertical.

2. El concepto de Constitución, breve referencia

Desde la antigüedad el término Constitución se ha venido usando, experimentando todo tipo de cambio en cuanto a su uso o aplicación, y no es hasta el siglo XVIII en el que se ha pretendido darle un significado, esto como respuesta a la creación del Estado como lo conocemos ahora, en el que se buscaba formalizar su creación. Darle una acepción se ha

dado de manera un tanto compleja, ya que dicho vocablo no puede ser visto desde un solo punto de vista, por lo cual diversos autores le han dado varios enfoques.

César Garza García nos dice que «La Constitución es la norma fundante del sistema jurídico nacional y que determina las bases organizativas del Estado, los mínimos de libertad de los gobernados y establece un estándar social justo y digno»[1], por otro lado, Sánchez Bringas la define como «la norma constituyente, reguladora de la validez del sistema jurídico y determinante de las bases organizativas del Estado y de los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad»[2]; en otros términos, Mario de la Cueva, nos dice que «la Constitución y el derecho son la expresión normativa de aquella parte de la vida humana que se dirige a la constitución de una convivencia social armónica y justa, o expresado con otras palabras: la Constitución y el Derecho norman la conducta del hombre para la vigencia de la justicia en la vida social»[3]. En general los autores consideran a la Constitución como la base de todo el andamiaje jurídico de un Estado, en este caso, estaríamos hablando de la constitución mexicana. En ese sentido, debemos advertir que el estudio del constitucionalismo mexicano desde luego ha sido objeto de un análisis profundo y un repaso histórico detallado por la doctrina.

La Constitución mexicana data de 1917 y fue en su momento un referente para otras constituciones particularmente por su apartado social. En esta ocasión el art. primero constitucional obliga a un análisis profundo en virtud de que en junio de 2011 fue objeto de una reforma de gran calado. El nuevo art. primero constitucional para algunos significó una aclaración del art. 133 constitucional que establece la jerarquía de los tratados y la supremacía constitucional. Para otros la oportunidad de aclarar precisamente este aspecto en el que no había un punto de acuerdo. A continuación haremos un análisis justamente de este artículo por las implicaciones que tiene y porque permite precisamente «valorar» los tratados internacionales (Convención Americana) en términos del derecho nacional y en su caso revisar los alcances de este instrumento en el ordenamiento nacional.

---

1 Garza García, César Carlos, *Derecho constitucional mexicano*, México, McGraw-Hill, 2006, p. 15.

2 Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, 7a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 132.

3 De la Cueva, Mario, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, p. 246.

3. La reforma constitucional de 2011 y la ubicación jerárquica de los tratados internacionales y la Constitución

El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional en materia de derechos humanos cuya trascendencia histórica y jurídica queda ya registrada. El nuevo art. primero constitucional establece fundamentalmente lo siguiente:

> De los Derechos Humanos y sus Garantías
>
> Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
>
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

La Constitución de 1917 actualmente vigente no obstante las muchas reformas que ha sufrido, ha mantenido la protección de las otrora «garantías individuales» en los primeros veintinueve artículos y otros como el art. 123. La reforma constitucional en comento, ha tenido un gran significado por el «nuevo paradigma de derechos humanos» que se ha generado, en primer lugar se sustituye la denominación del capítulo, de derechos humanos *vs* garantías individuales, eleva los tratados internacionales a rango constitucional, (aunque como veremos a continuación, podría desprenderse esto del propio art. 133 constitucional, la interpretación de las normas en materia de derechos humanos deberá hacerse conforme tratados y constitución y realza el principio pro-persona como eje central, a su vez, establece expresamente

la obligación de las autoridades, todas, de promover, proteger y garantizar los derechos humanos, bajo los principios de interdependencia, universalidad, progresividad e indivisibilidad.

Como se observa hay un reconocimiento de las fuentes internacionales de derechos humanos, constituyendo así el bloque de constitucionalidad. No obstante los cambios derivados de la reforma, el art. 133 constitucional ha permanecido intacto señalando que:

> 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.

Y con ello la discusión hasta hace poco vigente de apuntar si entre el art. 1 y 133 no hay alguna contradicción, o bien si del 133 se desprende la supremacía constitucional o incluso el bloque constitucional. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante Suprema Corte o SCJN) había señalado que:

> La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquéllas. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. (…) [4].

Y señalamos que hasta hace poco esa discusión podría estar viva, pues las tesis jurisprudenciales no se habían pronunciado de manera tajante

---

[4] Control judicial de la constitución. es atribución exclusiva del poder de la federación y No. de Registro 193558 [J]; 9ª. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Agosto de 1999, p. 18.

o firme ya no sobre el concepto de supremacía constitucional sino algo incluso más discutido que es la jerarquía de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano, en realidad no había había «consistencia» entre el pronunciamiento de los tribunales colegiados o en su caso de Suprema Corte, la última tesis al respecto anunciaba que los tratados internacionales se encuentran por encima de leyes generales pero por debajo de la Constitución[5], sin embargo, la contradicción de tesis 293/2011 del tres de septiembre de 2013, señala entre otras cosas que «la doctrina jurisprudencial de esta Suprema Corte sobre el sistema de fuentes, derivada de la interpretación del artículo 133, no ha gozado de estabilidad»[6] y además señala que del art. 133 constitucional se desprende una noción de jerarquía formal de las normas, (el subrayado es propio) en opinión del máximo tribunal, «la doctrina jurisprudencial desarrollada en torno a la jerarquía de los tratados internacionales resulta *insatisfactoria* por dos cuestiones: una relacionada con los alcances de los precedentes que sostienen dicha doctrina; y otra vinculada con la necesidad de adoptar un nuevo enfoque para responder el problema aducido, dando cuenta del nuevo contenido del artículo 1° constitucional»[7] y es que como antes apuntábamos el nuevo art. primero constitucional establece que las normas se interpretarán favoreciendo en todo momento a la persona, esto es, el principio pro persona es recogido por la Constitución y en nuestra opinión debe ser el eje vertical de las normas nacionales e internacionales, dígase Constitución o Convención Americana, para precisar. La SCJN en el asunto referido, incluso concluye preliminarmente que «el enfoque tradicional de la jerarquía de los tratados internacionales no constituye una herramienta satisfactoria para determinar el lugar que ocupan en el ordenamiento mexicano los derechos humanos reconocidos en dichos instrumentos

---

5 «Tratados internacionales. son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. interpretación del artículo 133 constitucional».
Novena Época; Registro: 172650; Instancia: Pleno; [TA]; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Tomo XXV, Abril de 2007; Materia(s): Constitucional, Tesis: P. IX/2007, p. 6.

6 Contradicción de tesis 293/11, [J] 10a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación. P./J. 20/2014.

7 *Ibidem.*

normativos». En otros aspectos el propio análisis de la contradicción establece que los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se integran expresamente al ordenamiento jurídico interno para «ampliar el catálogo constitucional» de derechos humanos. Lo anterior resulta relevante en tanto que en este trabajo partimos de una premisa, al margen de si se confrontan Constitución y Convención, afirmábamos que la Convención Americana y en general el sistema interamericano de derechos humanos realizan una aportación al ordenamiento nacional y es que como lo señala la SCJN en realidad los instrumentos internacionales de la materia «suman» al propósito del Estado vía Constitución en este caso, mayor y mejor protección de derechos humanos o en su caso, ampliar derechos.

4. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

4.1. Aspectos generales del sistema interamericano

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante Sistema Interamericano o SIDH) es el esquema de protección regional de derechos humanos más importante para las Américas, en particular podemos afirmar que la protección que ofrece el sistema constituye entre otras cosas no sólo la referencia obligada tratándose de derechos humanos, sino también un medio de control del actuar de los Estados cuando el derecho interno «fracasa». Previo el análisis de los alcances del SIDH en el ordenamiento jurídico mexicano es pertinente hacer un repaso sobre el origen y funcionamiento del sistema en cuestión para comprender la trascendencia de la Convención Americana para el Estado mexicano.

El esquema de protección de derechos humanos en el ámbito interamericano encuentra su regulación en la Convención Americana, este tratado internacional, se presenta como un instrumento de protección de derechos para los mexicanos cuya vigencia ha cobrado mayor interés a partir de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos que antes aludimos. En nuestra opinión es equivocado suponer que el Estado mexicano se obligó a compromisos internacionales en la materia recientemente, ya que desde 1981 México firmó la Convención Americana y en esos términos hemos visto mayor atención a este instrumento, aunque sería hasta 1998 que México reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

Aunque tradicionalmente se esperaría que las instituciones del SIDH dígase Comisión Interamericana y Corte Interamericana nacieran a partir de la CADH como por ejemplo sucedió en Europa, en América este no fue el orden cronológico que siguió el sistema interamericano.

Previo la creación de la CIDH y la Corte, surgió la Declaración Americana en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948 por ser si bien, una declaración de derechos y deberes sin las características propias de un tratado internacional[8], marca definitivamente el parte aguas en el sistema interamericano por el significado vigente incluso que tiene y por ser el instrumento regional de protección internacional de derechos humanos quizás más inspirador dentro del *corpus juris* interamericano.

Advierte Daniel Zovatto[9], que la trascendencia de la IX Conferencia radica en tres instrumentos: la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la resolución XXXI.

Sobre la Declaración Americana conviene destacar que lo que se buscaba era la elaboración de una carta en forma de tratado, señala Fabián Salvioli[10] que Brasil y Uruguay por ejemplo, querían la adopción de un pacto; Colombia y otros Estados pretendían tener mecanismos que en ningún caso fueran más allá de la «investigación informativa»; y otros gobiernos presentes fijaban su negativa a una Convención sobre derechos Humanos, con base en la realidad política y social de América en 1948.

---

8 Art. 2, inciso a) de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969, se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

9 Zovatto, Daniel, «Antecedentes de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y documentos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, pp. 207-253.

10 Salviolli, Fabián Omar, «El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos» en Corte Interamericana de Derechos Humanos/CancadoTrindade, Antônio Augusto, *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, Tomo I*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, segunda Edición, 2003, pp. 679-696.

Así, el primer consenso arribado en el tema fue materializado en la Resolución XXX del Acta Final de la Conferencia, por la cual se adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre[11], debe decirse que incluso ésta, incluía derechos de los denominados económicos, sociales y culturales[12] que son incluso de aquéllos de tercera generación, y que dada la época en que se elaboraba la Declaración Americana puede pensarse ya progresista la visión de quienes la elaboraron o del instrumento *per se*.

Hay quienes como Salvioli[13] sostienen que la Declaración Americana aporta al fundamento de los derechos humanos, al carácter universal de los mismos, y en última instancia al desarrollo del derecho internacional público contemporáneo y es difícil contradecirle, considerando que efectivamente la Declaración Americana establece derechos y deberes para las personas subrayando esas características de los instrumentos internacionales, la de no distinguir por razón de Estado de origen (igualdad como principio fundamental) y sobre todo, dignificar a la persona humana, la Declaración Americana presupone el primer eslabón en la cadena de instrumentos del sistema interamericano de protección de los derechos y se convertiría en el antecedente inmediato de la CADH, ha servido como base jurídica de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[14].

Como apuntábamos antes, la cronología de acontecimientos del SIDH remonta a la creación de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, antes incluso que la DUDH, luego la creación de la CIDH, 1959, para finalmente crearse la Corte Interamericana derivada propiamente de

---

11 Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos: «Acta final; resolución XXX, Bogotá, Colombia, Edit. UPA, 1948, marzo 30 - mayo 2, p. 38.

12 Véase Declaración Americana arts. XI, XII, XIII, XIV, XXIII entre otros.

13 Salvioli Fabián Omar, «El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos» en Corte Interamericana de Derechos Humanos/Cancado Trindade, Antônio Augusto, *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, segunda Edición, 2003, pp. 679-696.

14 Véase art. 23 del Reglamento de la CIDH relativo a la presentación de peticiones. aquí vale comentar que la CIDH es competente para conocer de violaciones a los derechos humanos reconocidos no sólo en la CADH sino en la Declaración Americana, como sería el caso de Estados que a la fecha no han ratificado la Convención Americana.

la Convención Americana, este suceso «atípico» se justifica a partir de que los movimientos «civiles» en algunos Estados que intentaban construir sus democracias.

4.2. La creación de la Comisión Interamericana

En 1959, se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Quinta reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (reunida en Santiago, Chile)[15] adoptó importantes resoluciones relativas al desarrollo y fortalecimiento del sistema, entre ellas una de las más importantes referente a derechos humanos, en ella se declaró que dados los progresos alcanzados en materia de derechos humanos después de once años de proclamada la Declaración Americana y los avances que se estaban experimentando en la ONU y en el Consejo de Europa en la reglamentación y ordenación de la materia, se encontraban preparados para celebrar una Convención, pero también se señalaba, en la parte II de la resolución sobre derechos humanos, la necesidad de «crear una Comisión Interamericana de derechos humanos que se compondría de 7 miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale»[16]. No obstante ello, Pedro Nikken[17] sostiene y coincidimos en que la CIDH fue creada como una solución transitoria hasta la entrada en vigor de la Convención proyectada, (que finalmente aparecería 20 años después).

El sistema americano, en virtud de la diversa situación económica, política, social y cultural del continente, y en particular, de Latinoamérica, estableció modalidades peculiares de gran importancia que derivaron de la experiencia de la Comisión Interamericana que fue creada y funcionó

---

15 Resolución VIII. 1ª. Parte. Sobre los antecedentes de la Comisión Interamericana véase Cancado Trindade, Antônio Augusto, «Una evolución del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos: evaluación crítica», *Anuario Jurídica*, 1999, pp. 433-445.

16 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Documentos básicos en materia de Derechos Humanos, OEA, Washington, D. C., USA, 2006, p. 8.

17 Nikken, Pedro, *La protección Internacional de los derechos humanos su desarrollo progresivo,* ed. Civitas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, primera edición, 1987, p. 207.

activamente dos décadas anteriores al establecimiento de la Corte y por ello, con antelación a la aprobación y entrada en vigor de la CADH[18].

Actualmente la CIDH tiene entre otros como objetivos la observancia y la defensa de los derechos humanos en América[19], y como sostiene Vargas Carreño[20] ha cumplido en forma sobresaliente las tareas y actividades fundamentales para la vigencia de los derechos humanos y la democratización del continente, como han sido sus observaciones *in loco* y sus informes en la mayoría de los países de la OEA.

Es pertinente comentar que tal y como se observa en principio la CIDH creada mucho antes que la Corte Interamericana y la propia Convención Americana, se atribuyó facultades que consideramos son de la CIDH, que luego se verían materializadas en su Estatuto, pero que en el momento en que nacía el Sistema Interamericano o la propia Comisión Interamericana frente al eco que tuvo ésta ante las víctimas de supuestas violaciones de derechos humanos se vio en la necesidad de interpretar y encontrar los mecanismos para realmente proteger a las víctimas y fortalecer el respeto a los derechos humanos, puede observarse incluso, atendiendo a la cronología histórica, que si bien, el proyecto de la Convención estaba en trámite, la Comisión Interamericana ya estaba funcionando como tal y con bastante éxito pese a las reticencias estatales.

4.3. Sobre la Corte Interamericana

Derivado del nacimiento de la Convención Americana a la que nos referiremos a continuación por ser en estricto sentido el objeto de estudio, surge la Corte Interamericana, una «Corte Interamericana para proteger los derechos del hombre, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente, ya que tratándose de derechos internacionalmente reconocidos la protección jurídica para ser eficaz debe

---

18 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)», en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1571-1585.

19 Art. 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

20 Vargas Carreño, Edmundo, «Consideraciones sobre la reforma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», en Méndez-Silva, Ricardo (Coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, Tomo I, pp. 291-301.

emanar de un órgano internacional»[21], y la elaboración de un proyecto de Estatuto para dicho tribunal, sin embargo, «la decisión de iniciar estudios acerca del establecimiento de una Corte Interamericana… no llevó a ningún resultado positivo en el futuro, debido a las consecuencias políticas que el funcionamiento de una Corte de esa categoría lleva consigo y el temor de los estados a un control externo de las relaciones con sus súbditos[22].

Debe decirse que la reticencia a la creación de la Corte, era en parte por la situación política e incluso económica de algunos Estados que veían en esta posibilidad no sólo una intervención a su soberanía, en aquella época en América los datos reflejaban precarias economías y una azarosa vida política, dominada por gobiernos autoritarios instalados en sociedades cerradas con estructuras tradicionales, «los vientos no soplaban, pues, en el rumbo de la democracia y los derechos»[23].

Por otro lado, es pertinente señalar que la Corte Interamericana, se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. Así mismo, no puede haber dos jueces de la misma nacionalidad.

La Corte Interamericana es un órgano jurisdiccional con funciones de este mismo carácter, que posee atribuciones jurisdiccionales en dos dimensiones: Puede recibir y resolver, en vía consultiva, las solicitudes de opinión que le propongan los Estados del sistema interamericano o determinados organismos internacionales colocados en el marco de la OEA. Asuntos contenciosos generados con motivo de interpretación y aplicación de diversos ordenamientos internacionales, ante todo, la Convención Americana.

En la primera fase de sus actividades la Corte Interamericana dedicó todo su esfuerzo a la emisión de opiniones consultivas solicitadas por los

---

21 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos, OEA, Washington, D.C., 2006, p. 13.

22 Seara Vázquez, Modesto, Tratado general de la organización internacional, 1ra. Reimpresión. De la 2da. Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 839-840.

23 García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa, 2007, p. 8.

Estados Parte en la Convención o por órganos de la OEA. Ese desempeño permitió esclarecer diversas cuestiones del derecho internacional americano vinculadas con el Pacto de San José así como cuestiones de alcance y relevancia mayores que se suscitaron a propósito de la expedición o la aplicación de normas nacionales *vis à vis* las reglas del *ius gentium* americano o del aplicable en países de la región[24]. La facultad expresa de emitir opiniones consultivas deriva del art. 64 convencional y como bien ha sostenido Jorge Roa, si bien, no hay una definición exacta de la función consultiva, se puede construir un concepto normativo de ella a partir de una lectura del artículo 64 de la Convención Americana y de la definición de dos elementos: el objeto y la legitimación para elevar consultas ante la Corte Interamericana. De acuerdo con su objeto, la función consultiva de la Corte Interamericana como la facultad que tiene este tribunal para interpretar: 1. la Convención Americana; 2. todos los tratados de los cuales sea parte al menos un estado americano que tengan por objeto la protección de los derechos humanos; 3. las disposiciones de tratados internacionales de los cuales sea parte al menos un estado americano que, aunque no tengan por objeto general la protección de los derechos humanos, tengan en su contenido referencias a la protección de los derechos humanos; y 4. la compatibilidad del derecho interno de un estado americano con alguno o algunos de los anteriores instrumentos internacionales[25]. Para Buerguenthal una opinión está «destinada a la interpretación de ciertos instrumentos del sistema interamericano de Derechos Humanos, con el propósito de señalar su verdadero sentido y alcance, y de esta manera lograr un mejor cumplimiento de tales documentos»[26].

Otras de las facultades otorgadas a la Corte Interamericana, está la de tomar las medidas provisionales que considere pertinentes «en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas». Estas medidas pueden tomarse en asuntos que estén en conocimiento de la CIDH o bien, que aún no estén sometidos

---

[24] García Ramírez, Sergio, La jurisdicción internacional *Derechos Humanos y la Justicia Penal*, Ed. Porrúa, México, 1ra. Edición, 2003; Sepúlveda Amor, César, *Derecho Internacional*, México, Ed. Porrúa. 1996.

[25] Roa Roa, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2011, p. 21.

[26] Buergenthal, Thomas, «The advisory practice of the Interamerican Human Rights Court», en *The American Journal of International Law*, 1-27. Vol. 79. 1985, pp. 232-235.

a su conocimiento, caso en el cual podrá actuar a solicitud de la Comisión Interamericana[27].

4.4. La Convención Americana, aspectos generales[28]

«La OEA, institucionalizada en 1948, fue la culminación de un proceso iniciado en 1889 con la primera Conferencia Interamericana»[29]. Pese a que fue en 1948 cuando se solicitó la elaboración de la Convención Americana, es en 1945 cuando se celebró la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, en Chapultepec, México, donde hubo planteamientos en torno a la tutela convencional de los derechos humanos y donde se sostuvo también que «con plenitud de razón nos reunimos (…) para reflexionar acerca de los problemas que plantea el término de la guerra y la preparación de la paz futura»[30] ahí ya se vislumbraba parte de la agenda pendiente para los Estados, relativa a la protección de los derechos en un plano supranacional y que también habría de estar influenciado por los hechos ocurridos durante la segunda guerra mundial.

Por otro lado, sería del 7 al 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica donde se habría de firmar y aprobar la actual Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento sustantivo de protección de los derechos humanos en América, misma que entró en vigor hasta el 18 de julio de 1978, El proyecto de esta Convención que entró en esa fecha, no sólo fortaleció el sistema, al dar más efectividad a los mecanismos

---

27 Véase art. 63 de la CADH.

28 Para mayor abundamiento al respecto sobre funciones tanto de la CIDH como de la CrIDH véase estudios tales como el de O'dDonell Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos,* Colombia, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2007, Faundez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales,* 3ra. edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004. Martín, Claudia et. al (comp.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* Distribuciones México, Ed. Fontamara, 2004; Medina Quiroga Cecilia y Nash Claudio, *Sistema interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección,* Universidad de Chile.

29 Gros Espiell, Héctor, «Los derechos humanos y el sistema interamericano» en Vasak Karel (editor) *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos Vol. III*, editorial Serbal/UNESCO, Barcelona, 1ra. Edición, 1984, pp. 706-745.

30 Extracto del discurso del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en la sesión inaugural de la Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y de la Paz. México 1945, SRE, México, 2003, p. 320.

interamericanos de promoción y protección de los derechos, sino que marca la culminación de la evolución del sistema, al cambiarse la naturaleza jurídica de los instrumentos en que descansa la estructura institucional del mismo.

La Convención Americana, tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos»[31]. De lo anterior no sólo se desprende la esencia de la Convención sino que también resalta que la protección internacional que ofrece el convenio es complementaria a la protección de los Estados.

Los principios sobre los que se rige la Convención Americana, emanan de los que han sido consagrados en la Carta de la OEA, así como los expresados en la Declaración Americana y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que han sido desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, Así como la Convención de Europa, se formó con el propósito «no de conceder derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer intereses nacionales, sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho»[32], así existe para los americanos una Convención que establece los derechos fundamentales que habrán de protegerse en América y que en su caso deberán ser respetados por los Estados suscritos a ella, frente a la inobservancia de tal principio, dos organismos de naturaleza distinta que procuren su respeto, esto es, la CIDH y la Corte Interamericana.

La Convención Americana, confiere a los individuos el derecho de presentar una petición contra cualquier Estado tan pronto como éste haya ratificado la Convención. En contraste, para que un Estado pueda presentar una denuncia contra otro Estado cada uno de ellos debe haber aceptado la competencia de la Comisión para tramitar denuncias entre Estados[33]. Esto indica la gran importancia que la Convención Americana atribuye a las obligaciones de los

---

31 Véase preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

32 Opinión consultiva OC-2/82 El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la CADH, 24 de septiembre de 1982. Serie A.

33 Véase art. 45 de la Convención Americana.

Estados partes frente a los individuos, las cuales pueden ser exigidas de una vez, sin la mediación de otro Estado, aunque es verdad que condiciona el acceso de aquel a realizarlo a través de la CIDH y claramente lo expresa en los arts. 57 y 62 del propio instrumento que estipulan: la Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte, sólo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

Considerando a la Convención Americana como que fue diseñada para proteger los derechos fundamentales del hombre, independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro, no puede ser vista, sino como un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción, a respetar derechos y libertades consagrados en tal instrumento y a adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos.

El Pacto de San José como suele llamarse a la Convención Americana, es verdad que enfrenta una realidad altamente discutida, y es que, a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante Convenio Europeo o CEDH), firmado por todos los países que conforman la Unión Europea, el americano es un instrumento que no ha sido ratificado por todos los países americanos lo que a pesar de las muchas discusiones y debates que esto ha generado[34] hace que esta sea una Convención de alcances limitados en ese sentido[35].

---

34 Cfr. *V.g.* Ventura Robles, Manuel E., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un Tribunal Permanente» en Cançado Trindade A.A., Ventura Robles, Manuel E., en *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Alto Comisionado de Naciones Unidas, San José, Costa Rica, 2003, pp. 109-163; «La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente» en *Revista IIDH*, vol. 32-33, pp. 271-310; Ventura Robles, Manuel E., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente» en *Revista Cejil Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, núm. 1, año 1, diciembre 2005, pp. 12-22.

35 Quienes han firmado la Convención Americana son: A la fecha, veinticinco naciones Americanas han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998.

Por lo que se refiere a su estructura, la Convención Americana está dividida en tres partes, las dos primeras quizás las más importantes, la primera parte es la relativa a los deberes de los Estados y los derechos protegidos, dígase de manera enunciativa, el derecho a la vida, nacionalidad, libertad personal, protección a la familia, derechos del niño, derechos políticos, entre otros[36], la segunda parte se refiere a los medios de protección, dígase Comisión Interamericana y Corte Interamericana, y una tercera parte relativa a disposiciones generales.

Cabe hacer mención que en dos aspectos específicos la CADH se distingue de su homólogo el Convenio Europeo, primer convenio de derechos humanos de los sistemas regionales de protección de derechos humanos e invariablemente un referente para el sistema interamericano: por un lado el renombrado acceso directo de los individuos que aparece en el instrumento europeo (art. 34 del Convenio Europeo) y que la Convención Americana no contempla, pues ésta claramente establece que sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte, y por otro lado la figura de la Comisión, que en Europa desaparece, al día de hoy pese a las múltiples reformas a los reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana respectivamente, aquélla mantiene o retiene funciones que la hoy extinta Comisión Europea tuvo de manera similar.

Destaca, desde nuestro óptica el art. 2 de la Convención Americana, que establece: si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos. Y consideramos que es destacable en función de que establece un control de convencionalidad que permitirá a los Estados lograr el cumplimiento de las sentencias de la CrIDH[37]; por otro lado en alusión al art. 1 convencional que establece

---

36 Los arts.3 al 25 se refieren a los derechos consagrados en la CADH.

37 Véase García Ramírez, Sergio, «El control judicial interno de convencionalidad» en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año 5 no. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 123-159.

la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos y el deber de los mismos de adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos es la premisa sobre la que descansa todo el andamiaje del sistema interamericano y su incumplimiento podemos decir, activa a la Comisión Interamericana y en su caso la jurisdicción de la Corte Interamericana, órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención.

5. ¿Convención vs Constitución? Análisis general

Hemos recorrido históricamente la creación de la Convención Americana habida cuenta que permite entre otras cosas identificar que estamos frente a un tratado internacional regido por la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados[38] empero con un adjetivo muy particular como lo es que se trata de un tratado en materia de derechos humanos «los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción»[39], en esos términos la Corte Interamericana ha insistido en el *effet utile* de la Convención Americana en el derecho interno de los estados, que no es otra cosa que el objeto y propósito de la Convención es la protección del ser humano, lo cual requiere que los Estados garanticen y respeten los derechos contenidos en esta demanera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas[40]. En el caso concreto de México, es oportuno traer a colación los parámetros que definen a la Convención Americana porque como se ha mencionado previamente, México forma parte del

---

38 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

39 Opinión consultiva OC-2/82 El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la CADH, 24 de septiembre de 1982.

40 Caso Vargas Areco. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 155, párr. 85; Caso Gelman Sentencia 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento, párr. 59.

sistema interamericano y firmó la Convención el 24 de marzo de 1981, con una reserva relativa a los derechos políticos, y ha contraído las obligaciones que de dicho tratado emanan.

En un principio, nos planteábamos si podríamos «enfrentar» Convención Americana *vs* Constitución, cuál es la relación entre ambos instrumentos internacional y nacional respectivamente y por otro lado este enunciado también podría derivar en identificar cuál es la relación que existe entre ambos, y en su caso en México cuál sería la jerarquía de la Convención Americana. Por tanto, es oportuno señalar que como se ha anotado, el sistema interamericano de derechos humanos y concretamente la Convención Americana tiene el firme propósito de «coadyuvar» y ser «complementaria» de la protección que en el derecho interno se ofrezca; la Constitución mexicana juega un papel fundamental en la protección de los derechos humanos y no hay elementos que permitieran afirmar la existencia de una confrontación o incluso contraposición entre ellas, en realidad derivado del principio de subsidiariedad sobre el que descansa la protección internacional de los derechos humanos, consideramos que la Constitución mexicana en principio protege los derechos en cuestión y la Convención Americana se constituye *per se* en un tratado que abona a la protección nacional de los derechos humanos en México.

Hemos dejado nota de cómo la reforma constitucional en México, «inyecta» un elemento crucial para una protección integral, al incorporar en el art. primero constitucional a los tratados internacionales para constituir un bloque de constitucionalidad que la Suprema Corte ha denominado parámetro de control de regularidad constitucional y que aunque muy recientemente el engrose de la contradicción de tesis 293/11 apunta que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos se debe estar a la Constitución[41]consideramos que más allá de la discusión sobre jerarquías, en realidad de todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte, es

[41] Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional [J] 10a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación. P./J. 20/2014.

singularmente efectiva e importante la Convención Americana *inter alia* porque su incumplimiento puede generar responsabilidad internacional para el Estado mexicano.

Es preciso visualizar la Convención Americana como el tratado internacional de derechos humanos más importante de América, esta ha sido creada no sólo con el propósito de consolidar al continente americano dentro del cuadro de las instituciones democráticas, sino también consolidarlo en un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

Por otro lado, del análisis de los derechos humanos en la Constitución mexicana y los de la Convención Americana, observamos que en casi todos los casos hay sintonía, es válido afirmar que la Convención Americana en realidad no «crea» nuevos derechos, desde nuestro punto de vista es un primer piso para que a partir de ahí los Estados legislen y protejan en términos inclusive del art. 2 de la Convención Americana:

> «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en elartículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

En el caso mexicano observamos la incorporación a la norma constitucional de derechos de los denominados DESC (derechos económicos, sociales y culturales) tales como el derecho al agua y a la vivienda en el art. 4 constitucional, lo que significa que incluso la Carta Magna «ha superado» a la Convención Americana en tanto que esta última si bien alude al desarrollo progresivo en su art. 26, cierto es que «remite» al Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador».

A continuación, adjuntamos un comparativo general de derechos humanos entre la Constitución Política y la Convención Americana, aunque los derechos humanos consagrados en la Constitución no se reducen a

los estipulados en los primeros veintinueve artículos, se encuentran ahí la mayoría de los derechos, en el caso de la Convención Americana podemos señalar que los primeros veintiséis artículos son los relativos a los derechos humanos protegidos, el siguiente cuadro permite observar lo que antes apuntábamos, esto es, la «coordinación» si así se precisa expresar entre los derechos que uno y otro instrumento protegen, las aportaciones o alcances del sistema interamericano y particularmente de la Convención Americana al ordenamiento constitucional mexicano redundan más allá de los derechos protegidos, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, vinculatoria para el Estado mexicano y en la amplísima interpretación que ha hecho la Corte tratándose de los derechos humanos protegidos por la Convención. Inclusive los casos que el Estado mexicano ha enfrentado en la Corte Interamericana permite analizar con toda profundidad la interpretación que el tribunal interamericano ha hecho de situaciones concretas de México, esto de ninguna manera debe leerse como que esa interpretación jurisprudencial aplica exclusivamente en los casos mexicanos llevados a la Corte Interamericano[42] sin embargo, permite al menos reconocer como en algún caso *v.g.* Castañeda Gutman[43] los tribunales nacionales aplicaron las leyes de manera inconvencional lo que tuvo como consecuencia que la Corte Interamericana se pronunciara. La muy reciente contradicción de tesis multicitada señala que «resulta evidente que la jurisprudencia interamericana es *vinculante* para los jueces nacionales…»[44], y en esos términos nosotros observamos claramente como el sistema interamericano permea el derecho nacional para contribuir en una mayor protección, sumando a lo que los operadores jurídicos realizan en el derecho interno.

---

42 Al momento se han presentado seis casos contenciosos ante la Corte Interamericana: Caso Castañeda Gutman. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C. No. 184. Caso Rosendo Cantu, Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216; Caso Fernández Ortega. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215;Caso Campo Algodonero. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, Caso CabreraGarcía y otro Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220; Caso Radilla Pacheco. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

43 Caso Castañeda Gutman. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C. No. 184.

44 Contradicción de tesis 293/11. [J] 10a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación. P./J. 20/2014.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	**Convención Americana sobre Derechos Humanos**
Artículo 1 - Gozar de los derechos humanos y de las garantías para su protección. - Que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten conforme a la Constitución y a los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a la persona la protección más amplia. - No ser sometido a esclavitud. - Igualdad ante la ley y no discriminación	Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre. Artículo 24. Igualdad ante la Ley Artículo 29. Normas de Interpretación
Artículo 2 La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.	Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. Artículo 24. Igualdad ante la Ley
Artículo 3 -Todo individuo tiene derecho a recibir educación.	Artículo 26. Desarrollo Progresivo
Artículo 4 -Derecho a la vida. -Derecho a la igualdad del varón y la mujer. -Derecho a la protección de la organización y desarrollo de la familia.- -Derecho a decidir de la organización y espaciamiento de los hijos.- -Derecho a la protección de la salud.- -Derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de la persona. -Derecho acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico. -Derecho a una vivienda digna y decorosa. -Derecho a la niñez. -Derecho al acceso a la cultura. -Derecho a la cultura física y a la práctica del deporte.	Artículo 4. Derecho a la vida Artículo 24. Igualdad ante la Ley Artículo 26. Desarrollo Progresivo Artículo 19. Derechos del Niño Artículo 17. Protección a la Familia Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada Artículo 18. Derecho al Nombre

Artículo 5 A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataque los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.	Artículo 16. Libertad de Asociación
Artículo 6 -Derecho a la libre manifestación de las ideas. -Derecho de réplica. -Derecho de acceso a la información. -Derecho a la privacidad y a la protección de datos personales. -Derecho de rectificación de datos personales.	Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión
Artículo 7 Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la trasmisión y circulación de ideas y opiniones.	Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión
Artículo 8 -Derecho de petición, en forma escrita, de manera pacífica y respetuosa y de pronta respuesta.	Artículo 25. Protección Judicial
Artículo 9 No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho a deliberar.	Artículo 15. Derecho de Reunión Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos
Artículo 10 Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y su legítima defensa.	
Artículo 11 -Derecho de circulación y residencia. -Derecho a solicitar asilo. -Derecho a recibir refugio.	Artículo 22. -Derecho de Circulación y de Residencia

Artículo 12 En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país.	Artículo 24. Igualdad ante la ley
Artículo 13 -Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley.	Artículo 8. Artículo 25
Artículo 14 -Derecho a la no retroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna. -Derecho de previa audiencia en tratándose de actos privativos. -Derecho a que en juicio se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. -Derecho a la exacta aplicación de la ley en materia penal.Derecho de la legalidad en materia civil.	Artículo 8. Garantías Judiciales Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad
Artículo 15 No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.	Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal
Artículo 16 -Derecho a que todo acto de molestia conste por escrito, provenga de autoridad competente y que se encuentre debidamente fundado y motivado. -Derecho a la protección de datos personales, y al acceso, rectificación y cancelación de éstos. -Derecho a no ser privado de la libertad personal si no es por las causas y en las condiciones previstas en la ley. -Derecho a no ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.	Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal Artículo 8. Garantías Judiciales Artículo 11. Derecho a la honra y dignidad Artículo 25. Protección Judicial

-Derecho de toda persona aprendida a ser llevada, sin demora, ante un Juez. -Derecho de no ser retenido arbitrariamente, y a que la retención no exceda del plazo legal. -Derecho a no ser molestado al interior del domicilio, salvo en los casos de excepción expresamente previstos en la ley. -Derecho a que las visitas domiciliarias se sujeten a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas al efecto. -Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.	
Artículo 17 -Derecho a la administración de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita. -Derecho a promover acciones colectivas. -Derecho a contar con mecanismos alternativos de solución de controversias. -Derecho a contar con tribunales independientes y a que las resoluciones de éstos se ejecuten plenamente. -Derecho a la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad. -Derecho a no ser aprisionado por deudas de carácter civil.	Artículo 25. Garantías judiciales
Artículo 18 Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Las mujeres a compurgar sus penas en lugares separados de los destinados de los hombres.Los adolescentes a que desarrollen un sistema integral de justicia donde se garanticen sus derechos. -Los menores de doce años son sujetos únicamente a rehabilitación y asistencia social.	
Artículo 19 Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, el cual solo puede ser prolongado bajo los casos y circunstancias previstas en la Constitución. Que el proceso se siga únicamente por los hechos delictivos en el auto de vinculación al proceso.	Artículo 8. Garantías Judiciales

Artículo 20 El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; garantizando los derechos del imputado y de la víctima o del ofendido.	Artículo 8. Garantías Judiciales Artículo 24. Igualdad ante la Ley.
Artículo 21 La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.	
Artículo 22 Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la conûscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.	Artículo 4. Derecho a la Vida Artículo 5. Integridad personal
Artículo 23 Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.	Artículo 8. Garantías Judiciales
Artículo 24 Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado.	Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión
Artículo 25 Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.	
Artículo 26 El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.	Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Artículo 27 La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.	Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada
Artículo 28 En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que ûjan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.	
Artículo 29 En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conûicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona.	Artículo 27. Suspensión de Garantías
Artículo 30 La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.	Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad
Artículo 123 Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley.	Artículo 16. Libertad de Asociación Artículo 26. Desarrollo progresivo

6. Conclusiones

En base a lo antes expuesto, y retomando el planteamiento original hemos de señalar que la Constitución mexicana de conformidad a los últimos criterios de la SCJN establece que no podemos realizar la lectura formal de jerarquía de normas sino atendiendo al principio pro persona, en

todo caso la SCJN señala que ante una restricción constitucional deberá estarse a ello. En ese sentido, consideramos que la Suprema Corte insiste con la supremacía constitucional, si bien este aspecto podría ser discutido abiertamente, en realidad esto no altera la conclusión de este trabajo que cuestiona en esencia si la Convención Americana y la Constitución mexicana se enfrentan, al respecto es oportuno comentar que ello no sucede de ninguna manera, en una lectura general podemos advertir que ambos instrumentos forman parte del bloque constitucional hoy llamado por el máximo tribunal nacional como parámetro de control de regularidad constitucional y ello confirma la tesis de que la relación entre Constitución y Convención Americana es horizontal. Por otro lado, al realizar el «recorrido histórico» del sistema interamericano es viable dilucidar que el propósito y fin último de este sistema y en particular de la Convención Americana es establecer una serie de prerrogativas para las personas y obligaciones para los Estados en ánimo de lograr el respeto de los derechos humanos, como se apuntó previamente los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, y corresponde a los Estados darles un efecto útil. En el caso mexicano mucho antes de la reforma México había contraído obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y la reforma constitucional multicitada no vino sino a reforzar esos compromisos que en el ámbito internacional ya tenían vigencia. Consideramos que el art. 1 constitucional en lo que se refiere al rango constitucional «concedido» a los tratados internacionales reafirma las obligaciones que México en el ámbito internacional había previamente contraído. No obstante que el art. 133 constitucional pudo haber sido interpretado como el bloque constitucional.

Cierto es que la reforma constitucional resulta trascendental a raíz de que pone al centro de la discusión a la persona y que en su caso la protección que se conceda vía tratado internacional, constitución o ley, deberá siempre ser favorable para él. En ese sentido consideramos que la Corte Interamericana hace su aportación al haber sido esta quien diera amplia interpretación al principio en comento.

Por otro lado, de cuestionarnos cuáles son las aportaciones y/o alcances de la Convención Americana en el ordenamiento jurídico mexicano, valdría tomar nota de la propia interpretación que ha hecho la Corte de este tratado en vía jurisprudencial dando sentido a los derechos ahí consagrados

y analizando los límites a estos o inclusive su acepción. La Convención Americana ha «permeado» al sistema jurídico nacional y la prueba plena es la propia reforma que de origen «sintoniza» el término de derechos humanos eliminando así el de garantías individuales que no necesariamente expresaba lo mismo. Ahora bien, no es la reforma *per se* como la Convención Americana y en general el sistema interamericano ha impactado al sistema jurídico mexicano, sino en lo sustantivo que es que la SCJN reafirme por un lado la obligación de aplicar el control de convencionalidad y por otro estime la vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana.

Para el Estado mexicano actual resulta positivo que las normas nacionales e internacionales, dígase Constitución mexicana y Convención Americana, se conjunten en aras de dar mayores herramientas jurídicas a los operadores de justicia, abogados, etc., para construir esa sociedad más democrática y de pleno respeto a los derechos humanos.

Referencia Bibliográficas

Buergenthal, Thomas, «The advisory practice of the Interamerican Human Rights Court», 1985, *cit. pos*. Novak, Fabián, «El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: semejanzas y diferencias con el sistema europeo», en La comunita Internazionale trimestrale della societá Italiana per l´organizzazione internazionale, Italia, Vol. LVII, 4, 2002, pp. 649-681.

Cançado Trindade, Antônio Augusto, «Una evolución del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos: evaluación crítica», *Anuario Jurídica*, 1999, pp. 433-445.

De la cueva, Mario, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, p. 246.

Faundez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales*, 3ra. edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)», en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1571-1585.

García Ramírez, Sergio, «El control judicial interno de convencionalidad» en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año 5 no. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 123-159.

– (2007)*La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa, 2007, p. 8.

– (2003) La jurisdicción internacional*Derechos Humanos y la Justicia Penal*, Ed. Porrúa, México, 1ra. Edición.

Garza García, César Carlos, *Derecho constitucional mexicano*, México, McGraw-Hill, 2006, p. 15.

Gros Espiell, Héctor, «Los derechos humanos y el sistema interamericano» en Vasak Karel (editor) *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol. III, editorial Serbal/UNESCO, Barcelona, 1ra. Edición, 1984, pp. 706-745.

Martín, Claudia et. al (comp.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Distribuciones México, Ed. Fontamara, 2004.

Medina Quiroga Cecilia y Nash Claudio, S*istema interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*, Universidad de Chile.

Nikken, Pedro, *La protección Internacional de los derechos humanos su desarrollo progresivo*, ed. Civitas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, primera edición, 1987, p. 207.

O'Donell Daniel, *Derecho Internacional de los derechos humanos*, Colombia, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2007.

Roa Roa, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2011, p. 21.

Salvioli, Fabián Omar, «El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos» en Corte Interamericana de Derechos Humanos/cançado trindade, Antônio Augusto, *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, segunda Edición, 2003, pp. 679-696.

Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, 7a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 132.

Seara Vázquez, Modesto, *Tratado general de la organización internacional*, 1ra. Reimpresión. De la 2da. Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 839-840.

Sepúlveda Amor, César, *Derecho Internacional*, México, Ed. Porrúa. 1996.

Vargas Carreño, Edmundo, «Consideraciones sobre la reforma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», en Méndez-Silva Ricardo (Coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, Tomo I, pp. 291-301.

Ventura Robles, Manuel E., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un Tribunal Permanente» en Cançado Trindade A.A., ventura robles, Manuel E., en *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Alto Comisionado de Naciones Unidas, San José, Costa Rica, 2003, pp. 109-163;

- (2005) «La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente» en Revista IIDH, vol. 32-33, pp. 271-310;
- (2005) «La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente» en *REVISTA CEJIL Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, núm. 1, año 1, diciembre 2005, pp. 12-22.

Zovatto, Daniel, «Antecedentes de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y documentos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, pp. 207-253.

REFLEXIONES EN TORNO A VIRTUDES Y PERSPECTIVAS EN EL EJERCICIO JURISDICCIONAL CONTEMPORÁNEO

CHRISTIAN NORBERTO HERNÁNDEZ AGUIRRE

A mi amigo y gran académico de la UAEM
RAFAEL SANTACRUZ LIMA

Sin un mínimo de justicia,
el orden normativo no es un verdadero orden jurídico,
sino a lo sumo el (des) orden propio de una banda de malhechores.
LUIS PRIETO SANCHÍS.

I. Introducción

En el presente artículo se realizan algunas consideraciones que se pueden tomar en cuenta en el ejercicio jurisdiccional sobre la necesidad de redimensionar prácticas, usos y paradigmas que inciden en la formación del juzgador y que pueden repercutir en la sociedad en torno al ejercicio de una argumentación constitucional, desde la ética e influencia del uso de la retórica[1] en su actuación o la falta de todo ello en la práctica judicial, donde se precisa la utilización de la razón mediante métodos y una correcta utilización del lenguaje, en general, para articular un óptimo o mejor desempeño jurisdiccional reflejado en las resoluciones que van dirigidas a la sociedad. Por lo que se analiza desde la formación que se requiere para ser un juez, como los criterios y perspectivas que se utilizan y las que son deseables se tomen en cuenta para el mejor desarrollo y culminación de la administración de justicia que pueden incidir en el proceso de selección como en su sostenimiento ,donde

[1] La retórica ha sido definida por Aristóteles como la facultad de teorizar sobre todo aquello que es útil para persuadir y convencer, así mismo, como una teoría de la comunicación y argumentación… Negaba a la retórica la condición de arte, lo que parece que argumentaba el filósofo de la capacidad de ésta última para persuadir sobre tesis antitéticas, que es tarea de la dialéctica. Saber defender la tesis más probable (determinado mediante una técnica de la persuasión la necesidad de que se acepte), tal es la tarea de la retórica. Para mayor información véase, Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Credos, 2007, p. 25 y ss.

se tome en cuenta la ética jurisdiccional como el conocimiento deseable, respecto a derechos humanos fundamentales, en un juzgador contemporáneo, por la tensión que puede existir al resolverse un caso en concreto y la forma en que este debe garantizarlos.

Así mismo, se examina la valoración de algunos principios o valores como la independencia e imparcialidad judicial y jurídica con relación a la efectividad de una justicia constitucional, entre otros principios, que pueden ser presupuestos en un estado contemporáneo donde no existe una jerarquía entre ellos, siendo que al juzgador le corresponde resolver casos jurídicos con la posibilidad de ejercer un control difuso, lo cual dista de ser una tarea sencilla al coexistir (o no existir expresamente derechos fundamentales en una Constitución local, como pasa en varias entidades federativas mexicanas) con algunas leyes secundarias como dentro de una Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por un jefe de estado, por lo que se considera reiterar su necesaria utilización y ejercicio efectivo en la búsqueda de su progreso por los juzgadores, sean estos federales o locales.

Teniendo en cuenta, como lo sostiene Santa cruz Lima, que la búsqueda del respeto de derechos fundamentales en la función judicial, reside, si se cuenta con elementos o condiciones esenciales como son, la independencia, objetividad, imparcialidad y opinión pública. Condiciones que caracterizan a la justicia constitucional.[2] Que se consideran ideales y que operan como principios presupuestos para un eficaz desempeño jurisdiccional, que aunque esto no lo fuera así plenamente, es imprescindible su maximización.

Así mismo, el presente análisis se centra en el objeto material, como lo es el juez, visto como persona humana dotado de razón, formado con cierta ideología que se transmite en su persona preliminarmente desde la familia, al transferirse en ella ciertos valores que pueden afectar u orientar a fines jurídicos,[3] ya que, se le puede considerar a esta como la célula de

---

2 Santacruz Lima, Rafael, «Precondiciones judiciales en la función judicial», *Temas selectos de teoría constitucional contemporánea,* en proceso de impresión.

3 Como se hace patente en el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, al expresar que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

mayor importancia para un inicio y desarrollo de valores, es decir, en el hombre que es juez y que tiene relación la actividad jurisdiccional puede trascender el «yo y mis circunstancia»[4]en el resultado, de la actividad jurisdiccional, algunas veces en perjuicio o en el mejor de los casos, en beneficio del justiciable, siendo que la consecución de valores se puede desarrollaren la escuela y universidad, dentro de ello, podemos mencionar someramente la licenciatura en derecho, que se supone, es el lugar donde se desarrolla una mentalidad jurídica que permite abordar con capacidad académica y jurídica para interpretar los problemas jurídicos que se plantean por las partes y con los que se enfrenta el juzgador, con valores implícitos y explícitos para resolverlos dentro de la estructura de un modelo de Estado, en el mejor de los casos como juez constitucional en su ejercicio[5].

Siendo que el juez, contemporáneamente, puede ser visto como una persona a quien se le ha otorgado un poder conferido por la sociedad, por lo que es preciso cuente con ciertas idoneidades resolviendo apegado a la racionalidad y razonabilidad[6] en su actuación procesal para llegar a una

---

4 Lo que recuerda a las palabras expresadas y explicadas dichas por José Ortega y Gasset en el libro *Meditaciones del Quijote de 1914.*

5 Es decir, todo individuo en razón de sus vivencias y conocimientos genera una forma distinta de interpretar los fenómenos jurídicos y formas de resolver que han ido evolucionando en una aula de clase, que puede ser desde la composición entre un formalismo y moralidad, separación que no sosiega en impregnar las resoluciones judiciales en la actualidad, para dar paso a un Estado constitucional de derecho, donde se demanda por la sociedad la comprensión del caso en concreto armonizando y aplicando directamente los derechos fundamentales limitados por una Constitución, esto, aunque en algunas constituciones locales, códigos adjetivos o sustantivos pudieran pasarlos por alto, en donde se requiere hasta su inaplicación.

6 En palabras de Chaim Perelnman citado por Manuel Atienza, mientras que, en el Derecho, las ideas de razón y racionalidad han estado unidas, por una parte, a un modelo divino, y por otra parte, a la lógica y a la técnica eficaz, las de razonable y su opuesta, lo irrazonable, están ligadas a las reacciones del medio social y a su evolución. Mientras que las nociones de «razón» y de «racionalidad» se vinculan a criterios bien conocidos de la tradición filosófica, como las ideas de verdad, coherencia y eficacia, lo razonable y lo irrazonable están ligados a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable», en la obra de Atienza, Miguel, «Para una razonable razón de «Razonable», en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 4, 1987, p. 191.

solución justa o cuando menos aceptable atendiendo los límites de la justicia con el apoyo de sus colaboradores en su consecución,[7] que se aprueba inicialmente mediante un proceso de selección, para en consecuencia, ser apto o estar en las mejores condiciones para desempeñar una función jurisdiccional.

Teniendo especial cuidado al atenderse el objeto formal, como lo es, la perspectiva de la ética judicial con que se desempeñará el mismo, con miras a tener un buen juez o el que desea la sociedad, donde se integra o influye el gremio profesional jurídico en su quehacer, quienes reclaman su máxima realización con la aplicación de un derecho racional y razonable que se logre con una argumentación jurídica donde se pueda razonar una justicia constitucional, esto, no sólo sin violar un Código Penal en su desempeño o desde una perspectiva positivista jurídica,[8] en donde sus actos sean considerados conforme a Derecho solo cuando correspondan a la letra de una ley o con una perspectiva antigua en sus decisiones, donde se separe la moral del derecho[9] o desde una perspectiva meramente no

---

7 Elegir un juez supone habitualmente un proceso dirigido a establecer si cuenta con ciertas idoneidades, por eso hay algunos ciudadanos que no pueden pretender serlo; de esa manera se han ido configurando hasta cuatro idoneidades: físico-psicológicas (que incluye edad, cierto estado físico y también psicológico), científico-técnica (requiere conocer de derecho y contar con título habilitante, como también saber operarlo dado que la función judicial es diferente de los otros modos de ejercer la profesión: asesorar, enseñar o abogar), gerencial (el juez debe administrar su tiempo, recursos materiales, organizar el trabajo de colaboradores, etc.) y ética (se pretende que goce de una cierta honorabilidad o confianza pública por lo que se excluyen por ejemplo a quienes hayan cometido ciertos delitos). Para mayor información véase Vigo, Rodolfo Luis, *Ética y Responsabilidad Judicial*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 28-29 y ss.

8 «Lo grave en el positivismo jurídico», escriben Atienza y Ruiz Manero, «es su auto comprensión como (teorías) orientadas a una descripción libre de valoraciones del sistema jurídico», una aproximación que «inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales», como es la relativa a «los conflictos entre principios, en general, y muy especialmente entre derechos constitucionales». Para mayor información véase M. Atienza y J. Ruiz Manero, Dejemos atrás el positivismo jurídico, en *Parauna teoría postpositivista del Derecho*, Lima-Bogotá, Palestra/Temis, 2009, pp. 146 y 150.

9 En palabras de Aguiló Regla, la irrupción de la ética judicial tiene que ver con el hecho de que el orden jurídico del Estado constitucional al incorporar principios

positivista o realista, que podría recaer en un escepticismo extremo o lo que llama Hart, en un absolutista desilusionado,[10]al pensar que el Derecho es lo que él o el juez dice que es, sustituyendo a un poder legislativo por otro poder como lo es el judicial, para lo cual no sería necesario la existencia de una Constitución, lo que no sería democrático, al negar que existan ciertas reglas que son claras para atender un caso fácil o sosegado, siendo que pueden existir casos en donde puede existir una zona de penumbra o de textura abierta, como lo explica Carrió,[11]en donde se puede atender el caso en concreto valorando principios y derechos.[12]

Por lo que se analiza también la ética judicial, lo que para algunos parece ser innecesario para determinar el deber de un juez, esto es el logro y relación de la ética personal y profesional con la deontología judicial, tesis que sería insostenible en el presente análisis y en un espacio donde se tutelen y abrasen los valores y principios incorporados a una filosofía jurídica, donde exista como base una Constitución, así como, en el lugar donde se garanticen o se intenten garantizar derechos humanos fundamentales, donde se abra o se conjunte el razonamiento jurídico al razonamiento moral, donde en palabras de Ferrajoli si bien exista la sujeción a la ley, antes que nada a la constitución sería lo que transforme al juez en garante de los

---

sustantivos de justicia habría hecho entrar en crisis la «vieja» tesis positivista de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Se sugiere que si en el Estado constitucional hay principios de justicia sustantivos que deben ser aplicados y cuya aplicación exige necesariamente llevar a cabo una deliberación de tipo moral, entonces la tesis positivista de la separación habría devenido simplemente insostenible y se habría abierto un espacio para la ética judicial que antes no existía.Aguiló Regla, Josep, «Dos concepciones de la ética judicial», Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32, 2009, p. 526.

10 Hart, Herbert, L. A., *El Concepto de Derecho*, Genáro Carrió (trad), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 175.

11 Carrió, Gerardo, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5ª. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis/ Abeledo-Perrot, 2006, pp.35 y ss.

12 Por lo que si bien es preciso mantener, ya no una posición toscamente mecanicista, sí cierta creencia en que el texto constitucional es algo objetivo y cognoscible, capaz de generar en su interpretación acuerdos razonables, no necesariamente unánimes a cerca de su significado. Para mayor información véase Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 96 y ss.

derechos fundamentales también frente al legislador.[13] Lo anterior al estar el juzgador en una posición de corrección al poder darle vida al derecho y a los valores al interpretar y aplicar el derecho concretizando los derechos humanos y fundamentales.

II. Argumentación constitucional en el ejercicio jurisdiccional

En el presente apartado se analiza un tema que es imprescindible que se atienda y se ejerza o se deba ejercer cotidianamente por los profesionales del derecho y, más por el juzgador en su labor comunicativa con la sociedad, por lo que se acota la referencia a la autoridad jurisdiccional con relación a la garantía de los Derechos Fundamentales en su ejercicio al ir resolviendo o acordando respecto a un caso en concreto, al ser uno de los temas atinentes a su actuación en un Estado constitucional.

Esto más que ser visto como una virtud judicial, puede ser visto como un vinculo entre estado de derecho y estado democrático en que viva una sociedad, es decir, la argumentación constitucional puede servir para el juzgador de una concepción que pueda dar vida a los derechos fundamentales en la justificación[14] de sus decisiones judiciales y a la vez para el cumplimiento de una obligación de todas las autoridades que se encuentren viviendo en un Estado Constitucional de Derecho,[15] donde no solamente se encuentran sujetos

---

13 Ferrajoli, Luigi, «El juez en una sociedad democrática», http://www.poderjudicial.go.cr/dialogos/documentos/luigi%20ferrajoli/luigi%20Ferrajoli.doc. 15 de abril de 2014.

14 Justificar una acción, es una actividad comunicativa que como cualquier actividad comunicativa puede no producir efectos sociales relevantes sino la modificación de creencias de los individuos y grupos sociales, como puede pasar al justificar una ley, por lo que el juzgador tiene la tarea de dar en su lenguaje comunicativo ese efecto relevante al concretizar su acción con razones jurídicas que motiven su resolución y que trascienda en la humanidad.

15 Obligación que se hace patente desde el dos mil once, en el tercer párrafo del artículo primero constitucional mexicano al expresar que «Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Constitución Política de los Estados Un idos Mexicanos. Actualizada a 10 de febrero de 2014.

a una ley, lo que podría ser un tanto problemático al vincular o hacer coherentes sus decisiones al contenido de una Constitución[16], al ser la norma suprema de la que se desprende la correlación entre ello y la sociedad a quien van dirigidas las actuaciones judiciales para la garantía de sus derechos fundamentales con sus límites, por lo que también es una responsabilidad en su encargo la resolución de los conflictos jurídicos que planteenlos justiciables en su ejercicio[17], con lo que se pueda pasar del «deber ser» al «ser»para la materialización de los derechos fundamentales.

En el artículo dieciséis de la Declaración francesa de mil setecientos ochenta y nueve que versa sobre los derechos del hombre y del ciudadano se establece que la sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada no tiene Constitución. No toda sociedad tiene pues, en rigor y según esto, Constitución; en ese sentido, no serán vistos como sistemas constitucionales aquellos donde esas condiciones no se cumplan. No todo Estado necesariamente es entonces Estado constitucional o no todo Estado es Estado de Derecho, por lo que harían falta ciertos requisitos para serlo, como lo puede ser, la garantía de

---

16 El problema de la vinculación de los jueces a la ley ha de abordarse desde una perspectiva que podríamos llamar «moderna», esto es, la propia de un Estado constitucional de derecho, y esa perspectiva no es otra que la doble sumisión de los jueces a la Constitución y a la ley. Para mayor información véase Aragón Reyes, Manuel Aragón Reyes, Manuel «El juez ordinario entre legalidad y Constitucionalidad», en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, et. Al., *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004, P. 151 y ss.

17 Por lo tanto, las partes en sus planteamientos y los tribunales en sus sentencias deben dar las pautas para buscar el valor justicia, es decir, no debe caerse en el extremo de que absolutamente todo quede escrito, sin mayor esfuerzo del intelecto para llegar al punto final, pues como lo apuntó el ilustre Barón de Montesquieu, no se trata de hacer leer sino de hacer pensar [recurrir a la «retórica» en su sentido fino (argumentar para justificar y convencer) y no peyorativo (hablar por hablar o escribir por escribir)], lo que implica entonces, que los fallos deben dictarse para resolver litigios, hacer justicia, atender los planteamientos serios de las partes, razonar para justificar y convencer, y para hacer pensar, no para hacer leer, de manera que agotando esos extremos, pueda afirmarse que se cumplen a cabalidad los principios de exhaustividad y congruencia correlativos a la satisfacción del servicio público de administración de justicia. Administración de justicia. cumplimiento de los principios de exhaustividad y congruencia correlativos a ese derecho público subjetivo previsto en el artículo 17 de la constitución federal.

los derechos fundamentales del hombre y la separación o división de poderes con lo que se pueda asegurar el respeto a una Constitución por autoridades y por una sociedad que viva en orden a una Constitución.

Por lo que actualmente se puede aducir que en México, por decir un país que tiene una Constitución, se requieren resoluciones con neutralidad impregnadas de derechos humanos y fundamentales, por los que luchamos como persona o como profesionales del derecho, como lo es la justicia, esto, sin la visión antigua de simplemente aplicar lo que dice la ley, donde no solo se aplique la misma en algunos casos fáciles sino que entren otras virtudes, sean garantizados derechos fundamentales tanto en casos fáciles como difíciles, siendo en la sociedad en quien repercute la conciencia funcional del juez, su presupuestal independencia e imparcialidad, su capacitación constante, objetividad y prudencia,[18] entre otros principios que forman parte de la actuación judicial, capaces de incorporar la equidad y la justicia, a través, de una argumentación constitucional racional[19] y

[18] Recordando lo que dice Carlos Massini, la prudencia es una virtud principal dentro del ámbito de la realización política y que por lo tanto encierra a la judicial, al punto ello que siguiendo a Cicerón bien se puede decir que consiste en diferenciar lo que debe desearse de lo que debe rechazarse y es por tanto virtud de la realidad, cuando dicha praxis es en la realidad de la función judicial se impone a quien la cumple, que lo haga atendiendo con la debida preocupación y atención a los problemas que ante un Tribunal son ventilados. Para mayor información véase Massini Carlos, *La prudencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 45.

[19] La racionalidad se ha entendido, como una ordenación o sistematización eminentemente metodológica, es decir, como referencia a una razón pura, formal y objetiva, de tipo matemático, que se basa en la inferencia lógica o deductiva, que forma una cadena de razonamientos que proceden deductivamente desde unas premisas que tendrían que ser ciertas para transmitirse a una conclusión, en consecuencia, además es necesario argumentar o justificar jurídicamente esas razones para una argumentación que nos lleve a una debida motivación y una conclusión factual en este caso, llevada a cabo y descubierta por el estudio y valoración del juzgador dependiendo el caso en concreto sin perder de vista los derechos fundamentales de la persona. Por lo que en una sociedad moderna, se exigen no sólo decisiones dotadas de autoridad, sino con razones atinentes, es decir, se debe asumir la responsabilidad de justificar las resoluciones dentro un Estado de derecho, en cuanto afirma Aulios Aarnio: «La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones». Para mayor información véase Aarnio, Aulios, *Lo racional como razonable.Un tratado sobre justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 247.

razonable[20] (por mencionar algunas virtudes o perspectivas judiciales que pudieran servir para su obtención o consecución) como directriz Estado democrático y reflejada en las resoluciones donde se viva una democracia constitucional.

Como puede suceder en la práctica, por ejemplo, con las pruebas de los hechos que vierten las partes en un proceso y la atención a las formalidades que se siguen y los límites constitucionales que operan sobre ello y que el juez debe valorar; donde ni todo puede estar predeterminado en la ley o por el legislador ni todo puede ser creación del juzgador o de la discrecionalidad judicial en donde se debe tomar en cuenta su pertinencia y relevancia que se verá reflejada en el activismo judicial, acuerdos y resoluciones, en donde en un Estado constitucional es preciso o deseable se justifiquen y motiven[21] las pruebas ofrecidas por las partes de una manera racional y razonablemente con base en lo aportado por las partes y lo dispuesto constitucionalmente relacionado a lo aportado y su relevancia, lo que se requiere argumentar en el proceso tomando en cuenta los derechos fundamentales y sus límites relativos, haciendo uso de diversos métodos como el de ponderación en los casos en que se encuentren en disputa principios y derechos fundamentales para la valoración que se haga de los hechos junto con las pruebas aportadas y que deben ser atendidas con un

---

[20] La razonabilidad depende de su «aceptación», concepción que fue introducida por Perelman en su libro *Tratado de la argumentación. La Nueva Retórica*, en el que como idea central tiene la sustitución del requisito de la prueba de la racionalidad de las proposiciones valorativas, por el requisito de la aceptación, lo que evidencia que no pretende prioritariamente encontrar una verdad demostrable, sino una premisa aceptable, de ahí que una decisión será «razonable», cuando sea admitida por una comunidad (auditorio), y por ello mismo constituye su parámetro normativo, pues será ella la que evaluará las razones que justifiquen la decisión, para luego aceptarla o no como razonable.

[21] El instrumento jurídico enderezado a garantizar que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites es la motivación, que no en vano ha sido calificada como el «signo más importante y típico de ´racionalización´ de la función judicial». Por ello, desde otra perspectiva, la motivación representa la cláusula de cierre para la protección de los derechos. Para mayor información véase Calamandrei y Ferrajoli citados por Gascón Abellán, Marina en «La Motivación de la Prueba» en *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, Perú, Ara editores, 2009, p. 83.

carácter argumentativo en su motivación[22] una democracia contemporánea, independientemente lo que diga una ley secundaria que vulnere o no diga expresamente algo sobre principios o derechos fundamentales que se encuentren en disputa.

Por lo cual, se puede afirmar que es preciso el ejercicio de una adecuada argumentación jurídica en el planteamiento, seguimiento y análisis del caso en concreto que se realiza por el juzgador con la ayuda tanto de teorías del derecho como de diversos métodos durante el desarrollo del proceso, ya que su debida o deficiente interpretación, aplicación y argumentación, repercutirá directamente por medio de una resolución en el justiciable, donde se hace necesario se encuentren patentes criterios valorativos sobre una justicia constitucional.

En concordancia con Prieto Sanchís, la identificación del Derecho antes no exigía y ahora reclama ineludiblemente plantearse la pregunta sobre el grado de objetividad del conocimiento de los conceptos morales. Asimismo, esta aproximación del Derecho al modo de ser que se atribuye a la moral es invocada por muchos para impugnar otra tesis positivista, la de la separación conceptual entre Derecho y moral, y para celebrar la feliz reconciliación entre la esfera heterónoma y coercitiva del orden jurídico y la esfera autónoma de la moral. Pero esta es solo una de las interpretaciones posibles y, por cierto a mi juicio, no la más plausible. El constitucionalismo de los derechos creo que no impone ninguna interpretación particular sobre este punto; aunque comprensiblemente con la incorporación de la moral a la cúspide del Derecho tal vez haya propiciado que algunos iusnaturalistas se hayan transformado en positivistas éticos. Como tampoco se halla comprometido con una determinada teoría del Derecho, ya sea de cuño normativista o positivista, ya hermenéutica o argumentativa. Esto es así porque en realidad la suerte del constitucionalismo de los derechos no depende tanto y, desde luego, no depende solo de lo que digan los escuetos enunciados constitucionales que reconocen derechos, establecen garantías

---

[22] Para Nieva Fenoll citado por Galindo Sifuentes, Ernesto,*op. cit*., nota 44, pp. 24-25. La valoración de la prueba es la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso; además distingue la valoración de la motivación pues señala que ésta es la puesta de manifiesto de esa percepción, esto es, la motivación va más allá de la valoración.

u organizan instituciones, cuanto más bien de las doctrinas y prácticas interpretativas que con mayor o menor uniformidad se desarrollan a partir de aquellos enunciados.[23] Por lo que es preciso que un juzgador este preparado para interpretar y argumentar a la luz de los postulados constitucionales y los diversos métodos para llevarlo a cabo o aplicarlos[24] efectivamente con relación al caso planteado.

III. Los principios en las resoluciones judiciales

Para introducirse a laesencia del presente tema, tenemos que se definir al término *principio*.En términos generales y legales para definir principio, tomamos la tercera, quinta, sexta y décima tercera acepción del diccionario de la Real Academia Española, o sea, es: a) base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia; b) norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta; c) cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes y d) norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.[25]

En palabras de Zagrebelsky, cada principio tiene una eficacia que puede decirse, genéricamente, programática porque implica un cierto grado de desarrollo del ordenamiento; y por el contrario, cada programa implica la asunción de un cierto criterio como principio de acción. Las normas programáticas se refieren esencialmente a los aspectos político-sociales, mientras que los principios se refieren a la coherencia interna del

---

[23] Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, ensayos de filosofía jurídica, Madrid, Trotta, 2013, p. 14 y ss.

[24] Nos aclara José Cárdenas Gracia, que Interpretación, aplicación y argumentación no son conceptos equivalentes ni accesibles. En términos generales, la interpretación alude a la atribución de significados de las normas; la aplicación a la determinación para el caso concreto de una nueva norma, casi siempre de carácter individual, y la argumentación se refiere a las justificaciones normativas, narrativas, fácticas y axiológicas de la decisión del intérprete, las que son obligatorias cuando se trata de autoridades. Cárdenas Gracia, José, *Introducción al Estudio del Derecho, México*, Nostra Ediciones-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009, p. 279.

[25] http://lema.rae.es/drae/, 04 de enero de 2014.

ordenamiento, respecto a determinados supuestos iniciales: los programas miran al fin; los principios, al inicio de una acción normativa.[26] Para con base en un principio consagrado como un derecho fundamental opere en la administración de justicia.

Por su parte, *Del Vecchio,* respecto a un principio nos recuerda que es la congruencia intrínseca de las diversas partes que componen el sistema debe resultar demostrada y confirmada en cada momento, confrontando las normas particulares entre sí, y también con los principios generales que con ellas se relacionan; sólo de este modo podrá el jurista adueñarse del espíritu interno del sistema y proceder de acuerdo con él en las aplicaciones particulares, evitando los errores a que fácilmente le conduciría la consideración aislada de esta o aquella norma. Por su parte, *Clemente de Diego* apunta que los principios son el aval de toda disposición jurídica; ellos amparan los razonamientos jurídicos aunque éstos tomen por base un precepto de ley o de costumbre, sirviéndoles de altísimo fundamento, en cuyo caso son fuente primaria difusa de solución jurídica que acompaña a todos los fallos expresa o tácitamente.[27] Principios de los cuáles, puede y debe hacer uso el juzgador en su valoración y motivación con lo que se maximice la protección de derechos que en menor medida afecten al gobernado.

De acuerdo a García Máynez, ningún argumento es tan adecuado para mostrar la naturaleza eminentemente práctica del derecho y de su plena y perfecta adherencia a la vida como el siguiente: no hay interferencia alguna entre los hombres, no hay controversia posible, por muy complicada e imprevista que sea, que no admita y exija una solución jurídica cierta.[28] Lo anterior, dentro de lo realizable o correctamente solucionable por el juzgador al estar obligado a resolver y dar una

---

[26] Zagrebelsky, Gustavo, «La Constitución y sus normas», en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, 4ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 87.

[27] Alcalde Rodríguez, Enrique, *Los principios generales del derecho, su función de garantía en el derecho público privado y público en el derecho chileno*, Santiago, ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, p. 52.

[28] García Máynez, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, 3ª ed., México D. F., Editorial Fontamara, S.A., 1999, p. 96.

solución jurídica sobre cualquier caso con base en los derechos fundamentales, principios, elementos de prueba, argumentaciones y contra argumentaciones que se le presenten o aunque no se planteen por las partes para garantizar un debido proceso y contribuyan al esclarecimiento del caso, que a pesar de la oscuridad, contradicción o deficiencias que pudieran existir en una ley, se debería de resolver haciendo uso de métodos e interpretaciones en la búsqueda de una armonización de valores, principios y derechos.

En palabras de Zagrebelsky, los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de «supuesto de hecho», a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo, haciéndoles «reaccionar» ante algún caso concreto.[29] Creando nuevos derechos por el operador de ellos y, en ocasiones, que no se hacen explícitos en el texto constitucional.

Por lo cual, su significado abierto no puede determinarse en abstracto sino en concreto, y sólo en los casos precisos se puede entender su alcance y materialización. De ahí la importancia de su aplicación y estudio en la interpretación de los casos que se planteen por las partes ante el juzgador, por lo que para comprender como se materializará un principio dentro del sistema de administración de justicia, no se debe soslayar en utilizar diversos métodos como el uso de la ponderación o *balancing*,[30]como se ha hecho comúnmente con el método deductivo, inductivo y dialéctico, por mencionar algunos métodos muy comunes en el trabajo jurídico pero no suficientes en la actividad del

---

29 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7ª ed., Madrid, Trotta, 2007, pp. 110-111.

30 El método de la ponderación no supone establecer algo así como un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la Constitución, hemos de suponer que en abstracto todos ellos tienen el mismo peso o importancia, mejor dicho que el peso abstracto que eventualmente podamos atribuir a un derecho no es todavía su peso definitivo porque éste depende además de su grado de afectación y de la necesidad de la intervención. Por eso la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso en concreto, esto es, aquí relativo al caso contemplado en el precepto legal. Para mayor información véase Prieto Sanchís, Luis*op. cit*., nota 13, p. 252.

juzgador al analizar y armonizar principios, valores y reglas[31] que pueden existir o no estás últimas para resolver un caso (y que se puede seguir haciendo uso de las reglas y métodos pero con la conjunción y armonización de principios y valores inmersos en una Constitución, independientemente de lo que digan leyes secundarias, que en teoría deberían ser coherentes de manera general con la misma), por lo que debe existir tanto el conocimiento como el compromiso en su aplicación, independientemente de lo que diga una ley que atente contra un derecho fundamental, es decir, con los límites constitucionales que se presenten en un Estados constitucional pero haciendo efectiva su valoración y uso donde el juzgador es el principal obligado en hacerlo a favor de la comunidad.

IV. Independencia e imparcialidad en la actividad jurisdiccional

La independencia judicial puede ser vista como la independencia que puede y debe gozar el Poder Judicial respecto de las tensiones que pueden existir con los demás poderes del Estado, como el Ejecutivo y Legislativo, así como, de los demás poderes de la sociedad, como lo pueden ser los medios de comunicación social, asegurando el respeto de sus derechos y sus espacios constitucionales. En palabras de Ferrajoli, el juez se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contrapoder, en el doble sentido de que tiene atribuido el control de legalidad sobre los actos inválidos y sobre los actos ilícitos de los órganos del Estado frente a las lesiones que de ellos se deriven para los derechos de los ciudadanos. Y es claro que para desempeñar un papel semejante no debe tener ninguna relación de dependencia, directa ni indirecta, con ningún otro poder. Dicho con otras palabras, debe ser independiente tanto de los poderes externos como de los poderes internos de la organización judicial.[32] Por lo que se precisa que

---

31 En el mundo jurídico se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales. Para mayor información véase Bernal, Pulido Carlos, «La racionalidad de la ponderación», en Carbonell Miguel (coord.), *Argumentación Jurídica, El juicio de ponderación y proporcionalidad*, 2ª ed., México, Porrúa, 2012, p. 28.

32 Ferrajoli, Luigi,*op cit.*, nota 14, p. 7.

el Poder Judicial goce y se garantice cierta autonomía e independencia judicial[33] en el ejercicio de sus funciones.

En coherencia con Elías Díaz, la independencia del poder judicial frente a las presiones tanto del legislativo como, sobre todo, del ejecutivo, constituye una pieza insustituible del Estado de Derecho. Requiere éste que la Administración de Justicia se realice a través de un sistema procesal regular, ordenado y coherente, un sistema que garantice adecuadamente la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Este punto es, en efecto central para comprobar si existe o no el auténtico Estado de Derecho; así, cuando faltan garantías procesales, cuando los detenidos y procesados no son respetados, cuando hay amplias zonas de la actividad pública a las que injustificadamente no llegan los recursos jurídicos, cuando el poder político se inmiscuye bajo formas diferentes en la actuación de los Tribunales, cuando las jurisdicciones especiales actúan con demasiada frecuencia en sustitución de la jurisdicción ordinaria, etc., puede decirse que no existe en modo alguno Estado de Derecho.[34]

Así mismo, desde otra perspectiva nos podemos referir a independencia, desde una perspectiva, meramente jurídica que debe gozar el juzgador que puede depender de circunstancias, como la índole y características de la vulneración de principios o valores originarias de derecho, así como de su resultado, lo cual puede remitir tanto a un juicio notable de discrecionalidad sin sujetarse a la letra de la ley, es decir, plenamente sin límites o a otro juicio discrecional con límites, donde no cabe la expresión de plenitud sino independencia discrecional valorativa, donde se valore la convicción de que la rígida aplicación de la regla tendría un impacto nocivo sobre la

---

33 Las garantías de autonomía e independencia judicial son instrumentales respecto del derecho humano de acceso a la justicia y se enmarcan en la fracción III del artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme al cual deben ser «establecidas» y «garantizadas». Registro: 2001845, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 1, Tesis: P./J. 29/2012 (10a.), p. 89.

34 Díaz, Elías, «Estado de derecho y sociedad democrática. Estado liberal de derecho», en *Módulo 1, Ética Pública, Estado Liberal de Derecho, Derechos Humanos*, México, Instituto Federal Electoral, Dirección Ejecutiva del Servicio Profesional Electoral, pp. 58-59.

efectividad de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución, donde se pueda abrir paso a un juicio de ponderación o diversos métodos para mayores interpretaciones o la mejor o correcta interpretación posible que se dirija mediante una argumentación jurídica que lo justifique, donde sea el juzgador uno de los encargados de sopesar y garantizar los principios, valores o derechos que la Constitución determine, es decir, armonizando en cada caso en concreto con límites constitucionales, no decidiendo independientemente de lo que diga la Constitución porque está acostumbrado a someterse a la letra de una ley donde se llega a vulnerar o no con mayor importancia su valoración que una decisión que infrinja un derecho fundamental.

Al advertir de nuestro juzgamiento, que como característica va a tener o en teoría debería de gozar el mismo de todas las garantías; lo que implica el compromiso ineludible de todos los juzgadores de agudizar los criterios de interpretación en el sentido que más se favorezca al hombre y de exigir enérgicamente la vigencia y reconocimiento de todas las garantías, como el de la imparcialidad e independencia tanto en sentido jurídico como judicial.

Por lo anterior, no debe confundirse la independencia judicial, en el sentido estricto, con imparcialidad o neutralidad, pues mientras que aquélla es una institución jurídica con la que se pretende eliminar toda subordinación objetiva del juez tanto de otros poderes como jurídicamente en la teoría que obre en sus actuaciones, la imparcialidad o neutralidad, contrariamente, es un parámetro o modelo de actitud, pero en ningún caso categoría jurídica. Dicho de otro modo, la independencia del juez no es sinónimo de imparcialidad y objetividad. Aunque contribuye a la concreción de la virtud materia de este estudio, ya que un juez dependiente difícilmente actuará con la objetividad esperada.[35] La relación de la imparcialidad con la independencia judicial, se sustenta en el principio de separación de poderes. El juzgador debe encontrarse en una posición autónoma, en el momento de emitir sus juicios, si ha de salvarse la imparcialidad como elemento inherente a su encargo y persona.

Por lo que si bien es posible utilizar los mencionados conceptos de independencia, imparcialidad y ecuanimidad con cierta analogía en orden a

[35] Rossen, Keith S., *Protección de la Independencia del Poder Judicial en Latinoamérica*, 3ª ed., México, UNAM, p.530.

la mirada y función del juzgador; en rigor existen perspectivas que posibilitan diferenciarlos en rasgos dentro de cada uno. La independencia es substancial para que el juez se encuentre con la capacidad de decidir un caso sin la intervención de otro poder más que de su valoración objetiva y racional respecto al caso que le planteen las partes y se dirija a la sociedad de una manera razonable, razonabilidad de hacer capaz valer con una justicia constitucional y demás valores que trae consigo una Constitución.

Por lo que de acuerdo con el ex magistrado colombiano Valencia Copete, es claro que los jueces están llamados a rechazar, sin vacilación de ninguna especie, cualquier acto con el que pueda resultar quebrantada la independencia de la función pública de administrar justicia, no solo porque de esa manera disuaden a quienes aspiren a desplegar comportamientos con los que se resquebraje dicho principio, sino porque así dan lugar a que la dignidad de la justicia se magnifique, amén de que se proteja, acorde con los preceptos constitucionales y legales, los derechos e intereses de los ciudadanos que con absoluta confianza acuden a que sus conflictos sean definidos por la jurisdicción del Estado.[36]

V. La importancia de la ética y deontología en la función judicial

Al hablar de ética judicial es inescindible definir lo que se entiende por ética profesional para posteriormente relacionarla y justificarla con la razón y voluntad de la función judicial, en donde si bien la ética personal tiene principios coincidentes, no se pone en tela de juicio la diferencia de las funciones y recepción que ejerce un juez con el de una persona o un académico, al ser la función judicial donde se compromete no sólo el bien personal o del juez, sino que está condicionado el uso o ejercicio de la ética al bien común.

Desde la perspectiva de Comanducci, entiende en este sentido por ética a un conjunto de directivas y valoraciones, usualmente sostenidas mediante argumentos, que tienen como fin influenciar las actitudes y comportamientos de los hombres.[37] En el ámbito judicial el sentido de la ética esta es dirigido, en particular, hacia los justiciables, en cierta medida,

---

36 Valencia Copete, César Julio, «Independencia judicial», Bogotá, D. C., Revista Corte Suprema, No. 23, parte 1, 2007, p. 1.

37 Comanducci, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, 2ª ed., México, 2009, p. 29.

a los abogados que dirigen o son intermediarios en una defensa o actuación y, en general, a la sociedad.

Es preciso definir a la ética, de acuerdo a la quinta acepción del diccionario de la Real Academia Española que corresponde a la ética profesional y en cierta medida a la ética de cualquier persona donde se define como «Conjunto de normas morales que rigen la conducta humana.» para observar que la ética profesional va en concordancia relativamente con la ética de la persona, en donde la diferencia sería en el caso del juzgador a quien va dirigida o en quien repercute particularmente al resolver un caso.

Donde la ética como lo puede ser para una persona o para un juez respecto a su honor, al vivir y convivir con una sociedad puede coincidir, sin embargo, en la que se tiene una responsabilidad, no debe dañar ni interponerse en una actuación; por lo que se hace necesario por el cargo que ostenta un juzgador, que como toda persona se desempeñe con ciertas cualidades morales y sociales y al ser un servidor público se cuide la reputación que este manifiesta ante la sociedad.[38]

En palabras de Aguiló Regla, el reconocimiento de que existen exigencias éticas para el juez no deja de ser una relativa novedad. En el

---

[38] A juicio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es posible definir al honor como el concepto que la persona tiene de sí misma o que los demás se han formado de ella, en virtud de su proceder o de la expresión de su calidad ética y social. Todo individuo, al vivir en sociedad, tiene el derecho de ser respetado y considerado y, correlativamente, tiene la obligación de respetar a aquellos que lo rodean…Por lo general, existen dos formas de sentir y entender el honor: a) en el aspecto subjetivo o ético, el honor se basa en un sentimiento íntimo que se exterioriza por la afirmación que la persona hace de su propia dignidad; y b) en el aspecto objetivo, externo o social, como la estimación interpersonal que la persona tiene por sus cualidades morales y profesionales dentro de la comunidad. En el aspecto subjetivo, el honor es lesionado por todo aquello que lastima el sentimiento de la propia dignidad. En el aspecto objetivo, el honor es lesionado por todo aquello que afecta a la reputación que la persona merece, es decir, el derecho a que otros no condicionen negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de nosotros. Véase en Registro 2005523, décima época, tesis de jurisprudencia, materia: constitucional, Primera Sala,Tesis: 1a./J. 118/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, página 470. Derecho fundamental al honor. su dimensión subjetiva y objetiva.

esquema clásico positivista, entre el juez y la ley no hay nada que pueda desviar la vinculación directa de uno a otra. Sin embargo, en el Estado Constitucional de Derecho, en el que el Ordenamiento Jurídico incorpora los valores sustantivos proclamados en la Constitución, parece que no puede obviarse la reflexión sobre la ética judicial.[39]

La ética judicial es susceptible de ser enseñada, transferida y capaz de progresar en su perfeccionamiento en distintos ámbitos, además, su prescripción en un cuerpo deontológico puede colaborar para su evolución en cada sujeto profesionalmente. La aplicación de las normas deontológicas es hoy en día indispensable en el quehacer cotidiano del hombre, pero sobre todo en aquella que desarrolla el juzgador, que si bien ejerce una profesión humanista con altos valores éticos como la justicia, la equidad, la lealtad, la verdad y la seguridad jurídica, la deontología jurídica le implica algunos de los deberes éticos y jurídicos al ser un servidor público que aunque no estén plasmados es necesaria su implicación o repercusión, ya que,desde una perspectiva axiológica la deontología se ocupa de principios y normas de entorno moral que establecen el deber ser de una determinada profesión como lo puede ser en este caso la profesión de juez, lo que no implica que en ocasiones ese *deber ser* no corresponda con el *ser* en la práctica cotidiana, de ahí la importancia de que independientemente estén o no plasmados en un código deontológico que ayuda, pero no lo es todo; por ello, su importancia radica en que se contribuya en el desarrollo y subsistencia de valores relativos y específicos en la función de un servidor público que debe humanizar su profesión, en virtud, a quien van dirigidas sus actuaciones.

En concordancia con Andruet, la implicancia con lo social que los jueces tienen, deviene exigido en un código de ética a dicho estamento. La concordancia pública, la amistad cívica y el orden justo, rigurosamente que descansan sobre la misma confianza que existe en los jueces y dicha actuación, no sólo que aspira la sociedad encontrarla en jueces cada vez más capacitados para cumplir una labor profesional técnica determinada, sino también que esa misma profesionalidad que se exige cada vez con mayor énfasis, que se encuentre acompañada de un comportamiento personal

[39] Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, nota 10, p. 526.

y social, público y privado del juez; que resulte acorde a un rol tan claramente preponderante como es el de colaborar a la misma consolidación del bien general de toda una sociedad.[40] En donde es deseable que los actos del juez en su ejercicio profesional sea un correcto o razonable ejercicio reflejo de un deber ético judicial y de un deber jurídico interpretativo y argumentativo neutral dentro de un paradigma constitucional, justificando sus razones de manera clara y objetiva, garantizando a los justiciables su aplicación en un tiempo razonable, fundando y motivando sus acuerdos y resoluciones, al tener un compromiso o lealtad con su deber como juez ante la sociedad de una manera equitativa y proporcionada en un sistema jurídico impregnado de reglas, valores y principios en el que se pueden o no aplicar plenamente por el mismo y en razón del caso en concreto.

VI. La retórica en el discurso judicial

La retórica[41] es el eje y puntual lógico-estructural de todo discurso argumentativo sea oral u escrito, máxime de uno que pretende hacer una defensa o la exposición de un principio[42] donde se puedan agregar valores

---

40 Andruet (H.), Armando S., *Códigos de ética judicial. Discusión, realización y perspectiva*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 29.

41 Recordemos que (la retórica) no enseña lo que es bueno o malo que estees un objetivo general de la ética, o como dice Tomas Albadalejo, la retórica se ocupa tanto de la estructuración interna del discurso retórico como de su estructuración externa, es decir, atiende a la organización textual y también a las relaciones que dicha organización mantiene con el orador, con el público, con el referente y con el contexto en el que tiene lugar la comunicación. Esta realidad compleja hace necesario distinguir entre el texto o discurso retórico, por un lado, y el hecho retórico, por otro. El hecho retórico está formado por el orador o productor, el destinatario o receptor, el texto retórico, el referente de éste y el contexto en el que tiene lugar. El texto retórico forma parte del hecho retórico y es imprescindible para la existencia de éste; a su vez, para la construcción y el funcionamiento del discurso es necesario el conjunto de elementos que componen el hecho retórico. El hecho retórico con el texto retórico, forman una construcción en la que las relaciones sintácticas, semánticas y pragmáticas están solidariamente establecidas y proporcionan una unidad semiótica global a la comunicación retórica. Para más información véase Albadalejo, Tomás, *Retórica*, Madrid, Síntesis, 1991, p. 43.

42 Bravo Peralta, M. Virgilio (coord.) e Islas Colín, Alfredo (coord.), *Argumentación e interpretación jurídica para juicio orales y la protección de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2010, p. 5.

y derechos. Por lo que se puede aducir, que en la argumentación que haga el juzgador en su discurso argumentativo[43]donde se hacenecesario se expresen las ideas claramente pudiendo utilizar, por ejemplo, diversos métodos con los que pueda extraer de las posturas mostradas, la conclusión con base en una interpretacióny argumentos jurídicos eficaces para atender el caso en concreto que junto con la retórica utilizada de manera ética por las partes[44] y el juzgador junto con la dogmática jurídica adecuada, ayuden a persuadir y formar convicción, siendo que para el juzgador el auditorio a quién persuadir está formado por las partes en el proceso, esto es, actor, demandado, Ministerio Público, ofendido, imputado y el defensor, por lo que sus argumentos deben ser racionales y fundados en Derecho, ya que la sociedad también estará al pendiente de sus resoluciones.

La sentencia es un discurso retórico en el cual, el orador principal (el órgano jurisdiccional) mediante uno o varios argumentos sustentan su decisión para resolver una controversia jurídica que se ha sometido a su consideración.[45] La retórica puede ser vista como la destreza de presentar los argumentos de tal manera que, convenciendo, produzcan asentimiento. La retórica es, en consecuencia, el arte de la eficacia argumental tanto teórica como práctica. Debe recordarse que argumento, en el sentido lógico,

---

43 Dice Ernesto Galindo que la argumentación es un proceso discursivo por el cual una persona busca, a través del empleo de argumentos, persuadir a un auditorio de lo bien fundado de su tesis. Sifuentes Galindo, Ernesto, *La Valoración de las Pruebas en los Juicios Orales*, México, Flores Editor y Distribuidor, p. 2. Serie de Argumentación y Juicios Orales.

44 Al ser la retórica facultad de considerar en cada caso lo que sirve para persuadir, este objeto no lo comparte con ningún otro «arte», ya que cada una de las demás disciplinas abarca sólo la enseñanza y la persuasión sobre un objeto específico, como la medicina que trata sobre la salud y sobre la enfermedad, y la geometría sobre las propiedades de las magnitudes, y la aritmética sobre el número, y, de modo semejante, las restantes artes y ciencias; la Retórica se ocupa, por el contrario, de cualquier cosa dada, por así decirlo, parece que es capaz de considerar los medios persuasivos en general, por eso decimos que no limita su estudio a ningún género específico; abarcando el estudio judicial. Para mayor información véase *Aristóteles, op. cit. nota 2, pp. 23 35.*

45 Dehesa Dávila, Gerardo, *Elementos indispensables de retórica para jueces, litigantes y público en general, 3ª. ed., México,* Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2013, p. 33.

es el razonamiento utilizado para probar o refutar una tesis o para convencer a alguien de la veracidad o validez de un aserto. En la retórica grecolatina se denominaba argumento a la serie de razonamientos deductivos basados de la causa, que en el discurso forense, se aducían como pruebas racionales (*probationes*) en defensa de la inocencia –o culpabilidad– del acusado. Ésta es la razón más íntima que la retórica guarda con el derecho, por la cual, su conocimiento es necesario para el abogado en general y máxime para el Juzgador en particular. La sentencia es un discurso, parte esencial de un diálogo entre las partes y el órgano jurisdiccional, como tal, participa de la retórica.[46]

Como aduce Bravo Peralta, alcanzar la justicia es una finalidad primordial del Derecho, pero para que ésta se alcance de la manera adecuada es preciso hacerlo con «arte», es decir, el Derecho es la virtud, disposición y habilidad para alcanzar la justicia de la forma más correcta posible. Y consecuentemente, el jurista es la persona preparada y capacitada para realizar la función concreta en la búsqueda permanente de la forma más adecuada de alcanzar la justicia como resultado de la combinación del estudio de la forma y el fondo de la ley. La consideración de los juristas se adquiere no sólo por el dominio más o menos amplio y acreditado de un conjunto de leyes expuestas en unos códigos, sino también y quizá especialmente, por el dominio del arte de decir lo bueno y lo adecuado en cada caso concreto. [47] Habilidad que es preciso muestre el juzgador ante la sociedad al resolver un caso jurídico. Por lo que es importante, comprender como formar argumentos con razonamientos dentro de un juicio, pero reviste de estrecha importancia convencer con ellos al auditorio que va dirigido y a los sujetos procesales que participen o no, dentro del mismo proceso. Para lo cual, es necesario tener habilidades o destrezas en litigio y en lo jurisdiccional, formadas junto con el dominio de la retórica, pero no sólo eso, sino que cuando se argumente se haga con la fundamentación y motivación debida junto con la valoración de lateoría y

---

[46] Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación*, 5ª ed., México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2009, p. 62.

[47] Virgilio M. Bravo Peralta (coord.) e Islas Colín, Alfredo (coord.), *op. cit.*, nota 43, pp. 3-4.

dogmática jurídica adecuada, como presupuestos en su desarrollo, ya que, el expresar los razonamientos con la debida argumentación y preparación en la retórica no se puede equiparar su exposición a un concurso de oratoria, en el que tienen que ver emociones.

Por lo que un profesional del derecho, y máxime un juzgador, debe saber cuándo es adecuado o incluso se hace necesario ofrecer razones convincentes y no tan sólo racionales para sostener sus argumentos, el cómo construirlos y evaluarlos. Para ello, según Bravo Peralta, se necesita de tres elementos fundamentales que son: conocimiento, disposición y habilidad para organizar una discusión, apoyar razones, saber cuándo y que preguntar, clarificar el discurso, tanto el del justiciable como el propio del juzgador y tomar en cuenta el contexto de la discusión, reconocer la estructura de los argumentos, saber cuándo la evidencia es insuficiente y buscar alternativas.

Por lo que, en el ejercicio constante de argumentar, es necesario saber distinguir con precisión los diversos actos del habla, que pueden presentarse tanto en forma oral como por escrito, estos actos son: oraciones, proposiciones, aseveraciones y enunciaciones. Así mismo, se debe distinguir entre los diversos usos del lenguaje como son: informativo, directivo, expresivo, descriptivo, eufemístico y metafórico.[48] Esto es así, porque las proposiciones fácticas y afirmativas que se expresen dentro de un juicio, van a sustentarse con las pruebas y el derecho que conformará por ejemplo una teoría del caso que se va a defender o atacar por las partes, según cada quién, en la estructura de su discurso y con lo que tendrá el juzgador para valorar en la elaboración de su discurso, donde el lenguaje juega un papel determinante tanto para las partes como para el juzgador.

Así mismo, dentro del discurso judicial el uso de la jurisprudencia o tesis aisladas, que son recurrentes para apoyar o para resolver un caso o al hacer un acuerdo, si bien pueden servir para la argumentación jurídica en el discurso judicial frente a casos futuros, puede suceder en algunos casos que los precedentes sean utilizados como autoridad meramente retórica sin un análisis racional de los mismos, en casos nuevos por fallar. Lo anterior se puede presentar en aquellas sentencias en las que abundan

---

48 *Ibídem,* pp. 227-228.

extractos de jurisprudencia sobre muchos temas que no influyen directamente en la resolución final del caso y en los que no existe una conexión analógica (fáctica) o conceptual clara, entre el precedente invocado y el caso *sub examine*. Por lo cual, es preciso tener el debido cuidado en su uso y práctica judicial al atender a los justiciables por el juzgador haciendo valer principios de exhaustividad y congruencia que reflejen justicia.[49]

VII. Conclusiones

Primera. Se requiere que una democracia moderna sea el reflejo de un Estado constitucional, donde exista cultura y no sólo cultura jurídica, que el juzgador se encuentre substancialmente en formación para el dominio de la diversa teoría jurídica, la argumentación jurídica y la retórica que se transmite desde el plano académico que es preciso se lleve a su estudio constantemente en la práctica judicial.

Segunda. Que se asuma con urgencia y responsabilidad la argumentación jurídica en la creación del discurso judicial y se le preste diligencia y vigilancia debida a la labor de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, con lo que se superen enseñanzas positivistas o antiguas y, sea en el campo jurisdiccional donde se haga uso de la diversidad de teorías jurídicas y métodos que puedan servir al juzgador para armonizar sus resoluciones en favor de la persona.

---

[49] Por lo tanto, las partes en sus planteamientos y los tribunales en sus sentencias deben dar las pautas para buscar el valor justicia, es decir, no debe caerse en el extremo de que absolutamente todo quede escrito, sin mayor esfuerzo del intelecto para llegar al punto final, pues como lo apuntó el ilustre Barón de Montesquieu, no se trata de hacer leer sino de hacer pensar [recurrir a la «retórica» en su sentido fino (argumentar para justificar y convencer) y no peyorativo (hablar por hablar o escribir por escribir)], lo que implica entonces, que los fallos deben dictarse para resolver litigios, hacer justicia, atender los planteamientos serios de las partes, razonar para justificar y convencer, y para hacer pensar, no para hacer leer, de manera que agotando esos extremos, pueda afirmarse que se cumplen a cabalidad los principios de exhaustividad y congruencia correlativos a la satisfacción del servicio público de administración de justicia. Novena Época, Registro: 178560, Instancia: Cuarto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Mayo de 2005, Común, Tesis: VIII.4o.16 K, Pág. 1397. Administración de justicia. cumplimiento de los principios de exhaustividad y congruencia correlativos a ese derecho público subjetivo previsto en el artículo 17 de la constitución federal.

Tercera. Es preciso se vele por la especialización, profesionalización y capacitación continua de los operadores jurídicos y se tomen en cuenta en su selección y consecutiva formación, no sólo su capacidad técnica, sino también, el desarrollo de la ética en su ejercicio, al estar sujetos al escrutinio público, dándoles como presupuestos su independencia jurídica y judicial, que coadyuven a la imparcialidad y objetividad, con lo que se pueda llegar a una mejor resolución, tanto racional como razonable por el auditorio al que va dirigido, donde en sus resoluciones no sería suficiente aludir solamente a un texto constitucional lisa y llanamente, como se hace con las reglas o haciendo alusión a los diversos códigos sustantivos y adjetivos que hay sin mayor interpretación o todo en su conjunto y que se relacionan comúnmente en el lenguaje judicial en su discurso sin un lenguaje claro, esto es, sin argumentar constitucionalmente con base en valores y reglas, teniendo especial cuidado con los deberes que cumplan o no los juzgadores para el mantenimiento en su cargo, con lo que se contribuya axiológicamente y materialmente en favor del justiciable que se encuentre involucrado en un sistema de administración de justicia, que en cualquier momento podría ser alguno de nosotros.

Referencias Bibliográficas

Albadalejo, Tomás, *Retórica*, Madrid, Síntesis, 1991.

Andruet (H.), Armando S., *Códigos de ética judicial. Discusión, realización y perspectiva*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Aguiló Regla, Josep, «Dos concepciones de la ética judicial», Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32, 2009.

Aragón Reyes, Manuel Aragón Reyes, Manuel «El juez ordinario entre legalidad y Constitucionalidad», en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, et. Al., *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004.

Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Credos, 2007.

Aarnio, Aulios, *Lo racional como razonable.Un tratado sobre justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Alcalde Rodríguez, Enrique, *Los principios generales del derecho, su función de garantía en el derecho público privado y público en el derecho chileno*, Santiago, ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.

Atienza, Miguel, «Para una razonable razón de «Razonable», en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 4, 1987.

Bernal, Pulido Carlos, «La racionalidad de la ponderación», en Carbonell Miguel (coord.), *Argumentación Jurídica, El juicio de ponderación y proporcionalidad*, 2ª ed., México, Porrúa, 2012.

Bravo Peralta, M. Virgilio (coord.) e Islas Colín, Alfredo (coord.), *Argumentación e interpretación jurídica para juicio orales y la protección de los derechos humanos,* México, Porrúa, 2010.

Cárdenas Gracia, José, *Introducción al Estudio del Derecho, México*, Nostra Ediciones-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009.

Carrió, Gerardo, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5ª. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2006.

Comanducci, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, 2ª ed., México, 2009.

Dehesa Dávila, Gerardo, *Elementos indispensables de retórica para jueces, litigantes y público en general, 3ª. ed., México*, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2013.

– (2009) *Introducción a la retórica y la argumentación*, 5ª ed., México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis.

Díaz, Elías, «Estado de derecho y sociedad democrática. Estado liberal de derecho», en *Módulo 1, Ética Pública, Estado Liberal de Derecho, Derechos Humanos*, México, Instituto Federal Electoral, Dirección Ejecutiva del Servicio Profesional Electoral.

García Máynez, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, 3ª ed., México D. F., Editorial Fontamara, S.A., 1999.

Gascón Abellán, Marina en «La Motivación de la Prueba» en *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, Perú, Ara editores, 2009.

Hart, Herbert, L. A., *El Concepto de Derecho*, 3ª ed., Genáro Carrió (trad), Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Prieto Sanchís, Luis, El constitucionalismo de los derechos, ensayos de filosofía jurídica, Madrid, Trotta, 2013.

– (2009) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta.

Rossen, Keith S., *Protección de la Independencia del Poder Judicial en Latinoamérica*, 3ª ed., México, UNAM.

Santacruz Lima, Rafael, «Precondiciones judiciales en la función judicial», *Temas selectos de teoría constitucional contemporánea*, en proceso de impresión.

Sifuentes Galindo, Ernesto, *La Valoración de las Pruebas en los Juicios Orales,* México, Flores Editor y Distribuidor, p. 2. Serie de Argumentación y Juicios Orales.

Valencia Copete, César Julio, «Independencia judicial», Bogotá, D. C., Revista Corte Suprema, No. 23, parte 1, 2007.

Vigo, Rodolfo Luis, *Ética y Responsabilidad Judicial,* Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

Zagrebelsky, Gustavo, «La Constitución y sus normas», en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, 4ª ed., México, Porrúa, 2008.

– (2007) *El derecho dúctil*, 7ª ed., Madrid, Trotta.

Ferrajoli, Luigi, «El juez en una sociedad democrática»,

http://www.poderjudicial.go.cr/dialogos/documentos/luigi%20ferrajoli/luigi%20Ferrajoli.doc. 15 de abril de 2014.

Diccionario de la Real Academia Española, http://lema.rae.es/drae/, 04 de enero de 2014. Semanario Judicial del Poder Judicial de la Federación,https://www.scjn.gob.mx/. 20 de abril de 2014 Normatividad

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Actualizada a 10 de febrero de 2014.

EL JUICIO POLÍTICO COMO UN COMPONENTE DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE LA CALIDAD DEMOCRÁTICA Y EL BUEN GOBIERNO

LUIS ENRIQUE CONCEPCIÓN MONTIEL

Introducción

El juicio político ha sido abordado para su investigación desde diversos ángulos, en diferentes contextos y desde diversos marcos constitucionales. En este capítulo lo abordaremos desde una perspectiva de la democracia y el buen gobierno.

En la última década se han desarrollado e intensificados los estudios sobre una vertiente importante de la democracia como es la de su calidad. Asimismo, en temas de gobierno, la transparencia y la rendición de cuentas han ocupado un lugar central en la reflexión en los últimos años. En el desarrollo de estas variables -que han enriquecido a la ciencia política y al derecho- se pone en contexto el juicio político.

En este capítulo se desarrollan los conceptos de calidad de la democracia, transparencia y de rendición de cuentas con el objetivo de identificar nuevos elementos que enriquezcan la discusión y el análisis sobre la figura del juicio político para que se garantice el cumplimiento de la constitución, y en caso de hechos ilícitos por parte de los servidores públicos se aplique la ley. Asimismo, se exponen algunas notas conceptuales sobre el presidencialismo para dimensionar el juicio político en esta forma de gobierno.

Al ser el juicio político una institución de interés común tiene una dimensión democrática ineludible por lo que la participación de los ciudadanos en exigir rendición de cuentas a los gobernantes es indispensable para que se dé la justicia constitucional.

La transparencia como un valor democrático, justifica su análisis para una mayor comprensión del juicio político, porque contribuye a darle «publicidad» al poder no en el sentido de propaganda sino en el sentido de público, de manifiesto, abierto, realizado frente a los espectadores. En contraposición, lo privado seria lo opuesto. El poder político se ejerce como un poder público. Con el tema de la transparencia y la rendición de cuentas entramos en el terreno de la ética política y de los asuntos públicos.

1. El juicio político como un componente de la justicia constitucional

Uno del componente de la justicia constitucional es el juicio político por lo que resulta relevante definir, en primer lugar, el concepto de justicia constitucional y, en segundo lugar, el de juicio político.

La justicia constitucional. La existencia de la justicia constitucional no es nueva, tiene su antecedente empírico o escrito en la constitución de los Estados Unidos de América de 1787 en donde se atribuyen facultades al organismo judicial sobre la justicia constitucional, sin embargo, después de la segunda guerra mundial se consolida la justicia constitucional, es decir la creación de instrumentos procesales para garantizar la eficacia de las normas fundamentales. Esto sin embargo, representó una serie de procesos, muchos de ellos tuvieron que ver con la democracia.

Cabe destacar de manera inicial que el mismo concepto de justicia constitucional no representa un término que haya sido adoptado de manera unánime por las diferentes constituciones en los diferentes países. Por lo que es conveniente hacer una breve exposición respecto de la misma terminología.

Hay una discusión interesante respecto a la terminología con el que se denomina a los Instrumentos de garantías de las disposiciones constitucionales. Los términos que se han utilizado son lo siguientes:los franceses utilizan el termino control de la constitucionalidad; los italianos por los menos un sector de tratadistas prefieren el de *giuridizione costituzionale o processo costituzionale*; los alemanes adoptan un término muy parecido al de los italianos, *verfassungsgerichtsbarkei*tque significa Jurisdicción Constitucional; los angloamericanos se decantan por el termino *judicial review* (revisión judicial). Carl Scmitt[1], prefiere hablar de defensa de la constitución.

Por su parte, Fix-Zamudio elige el término*justicia constitucional* y lo hace principalmente por dos motivos: uno filosófico y otro jurídico. El primero, subraya el carácter axiológico de los instrumentos implementados para que las normas fundamentales sean efectivas. Y el segundo por su

[1] A principios de 1931 publica *Der Huter der Verfassung* versión ampliada de un estudio que apareció en los *Archiv des offentlichen Rechts* con el mismo título dos años antes.

mayor precisión, ya que por ejemplo el término control de la constitucionalidad o defensa de la constitución son términos muy amplios pues «abarcan el conjunto de medios que se utilizan para lograr el funcionamiento armónico y equilibrado de los órganos del poder como la imposición coactiva de los mandatos fundamentales, en el supuesto de la violación o desconocimiento de la super legalidad constitucional»[2].

Pero, ¿qué se entiende por justicia constitucional?, el mismo Fix-Zamudio da una definición por demás interesante: «el conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos de los estados, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos de carácter público que ha desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la carta fundamental»[3]

De esta definición se desprende el carácter eminentemente procesal de las instituciones correspondiente con el fin de garantizar el cumplimiento de la constitución de parte de los poderes públicos.

Una clasificación elemental de los sistemas de justicia constitucional es aquella que la divide en dos: el sistema americano y el sistema europeo inspirado por Kelsen. El primero, se puede concebir de la siguiente manera: «En principio el sistema americano de revisión judicial de la constitucionalidad de la leyes se caracteriza de forma abstracta, como la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contraria a la constitución y con efecto solo para las partes que han intervenido en esa controversia»[4].

Por el contrario, el sistema europeo «es partidario a confiar la tutela de las normas de la ley suprema a un órgano político, o bien, más recientemente a un tribunal constitucional especifico diversos de los órganos judiciales ordinarios y además otorgando por regla general, efectos *erga omnes* a las declaraciones de inconstitucionalidad»[5].

---

2 Fix, Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de la evolución de la justicia constitucional*, México, UNAM, 1968, p. 14.

3 Ibídem,p. 15.

4 Fix, Zamudio, Héctor, La justicia constitucional en América Latina, México, p. 454 accesado el 6 de mayo de 2014 http://www.bibliojuridica.org/libros/2/703/3.pdf

5 Fix, Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de la evolución de la justicia constitucional*, México, UNAM, 1968, p. 17-18.

Estos modelos han influido en el diseño de la justicia constitucional establecidos en los diferentes países.

El juicio político. Por lo que respecta a la definición de *juicio político*, Burgoa, (2006) lo entiende como «el procedimiento que se sigue contra algún alto funcionario del Estado para desaforarlo o aplicarle la sanción legal conducente por el delito oficial que hubiese cometido y de cuya perpetración se le declare culpable»[6].

En el caso del desafuero se trata de eliminar el fuero para que un funcionario se someta a la jurisdicción de los tribunales ordinarios para que enfrente un proceso por la acusación de un delito común. En el segundo caso, se trata de un proceso que culmina con una sentencia. En el caso mexicano[7], el orden constitucional prevé las dos especies de procedimiento.

Según, (Licona, 2007), «El juicio político es un mecanismo para fincar responsabilidad política y sancionar con destitución y/o inhabilitación a funcionarios o servidores públicos de alto nivel que, en el ámbito de sus atribuciones, han incurrido en arbitrariedad o abuso o acceso de poder»[8].

El juicio político tiene sus antecedentes en el *impeachment* en Inglaterra en donde se utilizó como un medio político del parlamento para limitar el poder del rey, sin embargo, cuando se establece en la Constitución política de Estados Unidos se hace una distinción importante, ya que los norteamericanos crearon una forma republicana de gobierno. El *impeachment* americano quedó consagrado en el Artículo I sección 3 inciso 6 que a la letra dice[9]:

---

6 Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional en México*, México, Porrúa, 2006, p. 566

7 En el caso mexicano, intervienen las dos cámaras, la de diputados actúa como órgano acusación y la de senadores como órgano de instrucción y de sentencia. el gran jurado (cámara de senadores) absuelve o condena. En caso de absolución ningún otro tribunal podrá ocuparse del caso. Cfr. Ramírez, Tena, *Derecho Constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1973, p. 578.

8 Liconia, Cecilia, V. , Juicio Político, *Expediente Parlamentario* número 14, México, Centro de Estudios de derecho e investigaciones parlamentarias, 2007, p. 15.

9 «The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments. When sitting for that purpose, they shall be on Oath or Affirmation. When the President of the United States is tried the Chief Justice shall preside: And no Person shall be Concurrence of two thirds of Members present.» , (Artícle I sectión 3, number 6) The Constitution of the United States of America., Hids Hayden & Eldredge, Philadelphia, 1913, p. 7.

> «El Senado poseerá derecho exclusivo de juzgar sobre todas las acusaciones por responsabilidades oficiales. Cuando se reúna con este objeto, sus miembros deberán prestar un juramento o protesta. Cuando se juzgue al Presidente de los EE.UU deberá presidir el del Tribunal Supremo. Y a ninguna persona se le condenará si no concurre el voto de dos tercios de los miembros presentes».

Este modelo fue adoptado por diversas constituciones en América Latina.

2. El juicio político en un contexto de calidad de la democracia

El juicio político ha sido diseñado como en un sistema republicano en los Estados Unidos de América. Su institucionalización constitucional se da de manera casi concurrente con el advenimiento de independencia de ese país. La puesta en práctica de esta figura en los diversos países ha sido excepcional y puede ser reflejo de diferentes niveles de democracia[10]. Actualmente, es relevante para el juicio político en términos conceptuales identificar las características de una democracia de calidad.

Los dos más recientes e interesantes desarrollos en las ciencias políticas contemporáneas a decir de Pasquino[11], conciernen al estudio del estatus de la democracia son el que se ocupan tanto de la calidad de la democracia como del denominado por muchos «déficit democrático». El autor se concentra en el segundo y a todos los aspectos relativos al mismo; hace un análisis del déficit democrático en la Unión europea y concluye que siempre existirá déficit democrático, es decir, deficiencias que reflejen la insorteable brecha entre, por un lado, los regímenes democráticos existentes, y por otro, los ideales de los ciudadanos o ideales de la democracia. Segundo, la mayoría de las deficiencias democráticas son el producto o la consecuencia del comportamiento (y la calidad) de las autoridades. Tercero, es sólo cuando el déficit es producto de un diseño pobre y de un mal funcionamiento de las instituciones, cuando se manifestara como una crisis de la democracia.

---

[10] En algunos casos la puesta en práctica del juicio político solo denotar una democracia inmadura, solo refleja una pugna entre poderes. Los casos de América Latina pueden ser un ejemplo.

[11] Pasquino, G., La democracia exigente, Madrid, Alianza Editorial, 2000.

Hablar de la calidad de la democracia es hacerlo de una buena democracia que sea capaz de garantizar el desarrollo, el estado de derecho y ampliar las libertades sociales, civiles y políticas. En este contexto el juicio político debe constituirse en un instrumento constitucional que garantice la observancia de la ley por parte de los gobernantes. Pero, ¿qué es la calidad de la democracia?

En una aproximación teórica a la calidad de la democracia, Morlino, afirma que una democracia de calidad es una «buena» democracia y sugiere una definición: «Se sugiere considerar *una buena democracia o bien una democracia de calidad como aquel ordenamiento constitucional estable que mediante instituciones y mecanismos que funcionan correctamente realiza la libertad y la igualdad de los ciudadanos.»*[12]. Y continua caracterizándola, afirmando la importancia de legitimar el régimen para que sea posible su estabilidad y la satisfacción de los ciudadanos lo que el concibe como una democracia de *calidad con respecto al resultado*. Un segundo aspecto es lo que él llama la *calidad respecto al contenido* donde los ciudadanos, las asociaciones y las comunidades gozan de un aceptable nivel de libertad e igualdad. Tercero, los ciudadanos de una democracia con calidad tienen el poder de controlar y evaluar las acciones del gobierno a favor de los valores anteriormente mencionados con pleno respeto al estado de derecho.

Así como la evaluación de las decisiones tomadas por los actores políticos que afectan a la sociedad civil. Evaluar si responden o no a sus demandas expresadas; a esto le llama Morlino, *calidad con respecto al procedimiento.* En este aspecto debo hacer notar que en algunos países de América latina se está introduciendo las *Auditorias ciudadanas* como herramienta para medir la eficiencia de los gobierno (su calidad) como el caso de Argentina y Costa Rica[13]. La potencialidad de esta herramienta genera una vitalidad social y una autentica deliberación pública acerca de la calidad de la democracia y de los desafíos pendientes.

---

[12] Morlino, Leonardo, *Democracia democratizaciones*, México, Centro de Estudios de Política Comparada, 2005, p. 260.

[13] La auditoría sobre la calidad de la democracia es una iniciativa del proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sustentable para fortalecer la democracia de Costa Rica que evalúa la vida política de este país.

Cabe destacar que los principales promotores de la calidad de la democracia Diamond, Morlino, O´Donnell, Schmitter y Mainwaring, proponen como criterio de evaluación la proximidad o lejanía de los valores de libertad e igualdad, que son inherentes a toda democracia. En la visión de estos autores[14], el análisis de la calidad de la democracia, tiene su base fundamental en los ciudadanos, que a final del camino son los principales beneficiarios de las acciones de las élites políticas. De este modo la democracia se convierte un proceso que va de abajo hacia arriba.

En suma, para conocer una democracia es buena hay que evaluarla en términos de resultados, contenidos y procedimientos, que de acuerdo con Diamond y Morlino[15] (2005) hay que tomar en cuenta tres criterios: Primero, una buena democracia es un régimen ampliamente legitimado, cuyo gobierno satisface las expectativas de sus ciudadanos (calidad en términos de resultado). Segundo, una buena democracia es aquella en la cual los ciudadanos, asociaciones civiles y comunidades disfrutan una libertad extensiva e igualdad política (calidad en términos de contenido). Tercero, en una buena democracia los ciudadanos tienen un poder soberano para evaluar si el gobierno provee la igualdad y libertad establecidas en el marco legal; los ciudadanos, organizaciones y partidos participan y compiten en elecciones oficiales, responsables para sus políticas y acciones. Ellos monitorean la eficiencia e imparcialidad de la aplicación de la ley, la eficiencia de las decisiones gubernamentales y la responsabilidad y reciprocidad política de los funcionarios elegidos (calidad en términos de procedimiento).

En estos tres criterios, bajos los cuales puede medirse la calidad de la democracia, los autores mencionados identifican ocho relevantes dimensiones en las que las democracias pueden moverse y con base en las cuales se puede realizar el análisis empírico de su calidad[16]. Cinco son

---

14 Cansino, C. & Covarrubias, I. (Coords.) Por una democracia de calidad: México después de la transición, México, Centro de Estudios de Política Comparada, A.C., 2007.

15 Diamond Larry and Morlino Leonardo ,»Introduction» en Diamond, Larry and Morlino, Leonardo, *Assessing the Quality of Democracy*, The Johns Hopkins University Press and National Endowment for Democracy, Unites States of America, 2005.

16 Para los propósitos de este trabajo, estamos retomando las dimensiones tal y como las han propuesto estos autores.

dimensiones procedimentales y están principalmente relacionadas con reglas y prácticas: gobierno de la ley, participación, competencia, rendición de cuentas vertical y rendición de cuentas horizontal. Dos dimensiones son de naturaleza sustantiva: la libertad, fundamentada en el respeto por los derechos civiles y políticos; y la progresiva implementación de la igualdad. Mientras que la dimensión que corresponde a un criterio de resultados es la reciprocidad (*responsiveness*).

Señalan Diamond y Morlino (2005), que las ocho dimensiones mencionadas, en un contexto de calidad de la democracia, deben ser entendidas como sigue[17]:

Dimensiones de tipo procedimental

1. *Gobierno de la ley o Estado de Derecho (rule of law)*: Se refiere a la supremacía de la ley. Es decir, se refiere a la capacidad desarrollada para hacer que las autoridades respeten la ley. La prevalencia de un Gobierno de la ley o Estado de Derecho en un sistema democrático, significa que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, por lo que debe ser igualmente aplicada para todos, incluyendo funcionarios públicos. Implica, además, que las leyes sean por si mismas claras, conocidas por los ciudadano, universales, estables, no restrictivas, justas y aplicadas sin distinción por un sistema judicial independiente.

2.- *Participación:* Un régimen no puede ser democrático si no garantiza de manera formal a todos los ciudadanos sus derechos de participación política. Una buena democracia debe garantizar que todos los ciudadanos hagan uso de derechos tales como votar, organizarse, participar en asambleas, protestar, cabildear con otros actores para defender sus intereses, así como tener la posibilidad de influir en los procesos de toma de decisiones.

3.- *Competencia:* El sistema político debe garantizar competencias electorales regulares, libres y justas entre los diferentes partidos políticos. Ante esto, se debe tener en cuenta que las democracias varían en sus grados de competencia y presentan diferencias en aspectos como: la apertura para que nuevas fuerzas políticas accedan a la arena electoral; la facilidad

[17] El desarrollo de estas dimensiones esta basado en el texto de Diamond Larry and Morlino Leonardo (2005), «Introduction» en Diamond, Larry and Morlino, Leonardo, *Assessing the Quality of Democracy… Op. Cit.*

con la que los contendientes o adversarios políticos pueden ser derrotados; el acceso a los medios masivos de comunicación; o la distribución de fondos de campaña para la competencia de los partidos políticos.

4.- *Rendición de cuentas vertical (Vertical Accountability)*: Esta dimensión se centra en la obligación de los líderes políticos electos para responder sobre sus decisiones políticas cuando le es demandado por los ciudadanos u otros cuerpos constitucionales. Schedler[18] sugiere que la rendición de cuentas tiene tres características principales: información, justificación y recompensa o castigo. La información sobre las acciones políticas de los funcionarios públicos es indispensable para que haya transparencia. La justificación se refiere a las razones dadas por los gobernantes para llevar a cabo sus acciones; el castigo o recompensa es la consecuencia impuesta por los electores o actores con autoridad pública con base en una evaluación de la información, la justificación u otros aspectos e intereses más allá de la acción política. De acuerdo al tipo de actores que la solicitan la rendición de cuentas, ésta puede ser vertical u horizontal.

La rendición de cuentas vertical (vertical accountability*)* es aquella en la cual los ciudadanos, en tanto electores, pueden demandar de sus gobernantes electos lo prometido por éstos en el curso de las campañas electorales o durante el ejercicio de gobierno.

La rendición de cuentas vertical puede considerarse una evaluación ciudadana sobre la responsabilidad de gobierno, considerando las acciones gubernamentales tomadas y el nivel de satisfacción que tienen las personas. Se parte de la idea que hay obligación gubernamental para rendir cuentas a los ciudadanos y que éstos tienen capacidad de exigirla.

5. *Rendición de cuentas horizontal (horizontal accountability):* En la rendición de cuentas horizontal los actores tienden a ser políticamente iguales en contraposición con la rendición de cuentas vertical, lo que implica que los funcionarios públicos sean receptivos a otros actores institucionales que tienen autoridad moral, legal y pública para controlar y sancionar su comportamiento.

La rendición de cuentas horizontal usualmente se manifiesta en monitoreos, investigaciones y actividades de vigilancia. Es llevada a cabo

---

[18] Schedler, A. ¿Qué es la rendición de cuentas? *Cuadernos de transparencia*. Enero, 03. México. IFAI., 2005.

por agencias y/o independientes del gobierno como por ejemplo la oposición en los parlamentos, comisiones parlamentarias de investigación, los distintos tribunales de justicia, agencias auditoras, comisiones u organizaciones en contra de la corrupción, bancos centrales, administraciones electorales independientes, defensores de derechos humanos y otros organismos que tienen la capacidad de inspeccionar y limitar el poder de los gobernantes.

La rendición de cuentas horizontal es más efectiva cuando es integral; esto es, cuando los organismos trabajan vinculados, entrelazan actividades y coinciden en objetivos. Y con base en ellos proponen y desarrollan acciones conjuntas para demandar rendición de cuentas.

Dimensiones de contenido

6. *libertad*: es concebida con base en tres tipos de derechos: políticos, civiles y sociales o socioeconómicos. Los derechos políticos incluyen el derecho al voto, ser candidato, hacer campaña y organizar partidos políticos. Estos derechos hacen posible que la participación y la competencia políticas sean vigorosas, y de esa manera pueda ser exitosa la rendición de cuentas vertical. Una buena democracia debe asegurar que los votantes puedan emitir sus votos en secreto, sin coerción o miedo y 'con una efectiva elección entre candidatos y partidos' que sean capaces de responder a sus electores. Una versión más rica del ejercicio de este derecho sería cuando los ciudadanos pueden elegir a los candidatos a través de elecciones intrapartidistas.

Por otra parte, los derechos civiles esenciales incluyen libertad personal, seguridad y privacidad; libertad de pensamiento, expresión e información; libertad de religión; libertad de reunión, asociación y organización, incluyendo el derecho a formar uniones comerciales y partidos políticos; libertad de movimiento y residencia; y el derecho a la defensa legal y a contar con procesos legales justos. Estos elementos constituyen lo que el Informe sobre la democracia en América Latina[19] la ciudadanía civil (igualdad, derecho a la vida, integridad física, no discriminación, administración de justicia, libertad de prensa...) que por

[19] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *La democracia en América Latina*, Buenos Aires, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2004.

cierto, según el informe se registraron logros importantes en materia de legislación, pero es preocupante la escasa capacidad de los Estados para garantizar estos derechos elementales.

Por otra parte en esta dimensión, también un conjunto de derechos que podría ser llamados derechos económico-civiles, que incluyen no solo la propiedad privada y empresarial sino también los derechos asociados al empleo, a recibir un salario justo, a disfrutar de descanso o tiempo libre y el derecho al contrato colectivo. En resumen respeto pleno a los derechos consagrados en un espectro amplio de libertades.

Para asegurar el libre ejercicio de derechos políticos y civiles se requieren muchas condiciones institucionales que lo permitan, como las antes mencionadas respecto de la imparcialidad, participación, competencia, rendición de cuentas vertical y rendición de cuentas horizontal.

7. *Igualdad:* Una buena democracia garantiza que cada ciudadano y grupo tenga los mismos derechos, protecciones legales y también un significativo, razonable y expedito acceso a la justicia y al poder. Se pueden distinguir al menos dos fases en la afirmación de la igualdad[20]: La primera, se refiere a aspectos formales, que generalmente es sancionada por el sistema legal y está plasmada en manuales de derecho constitucional como por ejemplo ser iguales ante la ley respecto de la proscripción de la discriminación basada en el sexo, la raza, la lengua, la religión, las opiniones y las condiciones sociales y personales. La segunda fase es más complicada y se refiere a la búsqueda de la igualdad sustantiva; esto es, a la disolución de barreras que limitan la igualdad social y económica. En una democracia el no establecer diferencias es fundamental, «el gobierno democrático se caracteriza fundamentalmente por su continua aptitud para responder a las preferencias de sus ciudadanos, sin establecer diferencias políticas entre ellas»[21]: 13) todos deben tener igual oportunidad para:

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

---

[20] Morlino, Leonardo, *Democracia democratizaciones*… Op. Cit.

[21] Dahl, R., *La poliarquía. Participación y oposición*. Madrid.Tecnos, 1997.

3. Recibir por parte del gobierno igualdad de trato: es decir, éste no debe hacer discriminación alguna por causa del contenido o del origen de tales preferencias.[22]

Dimensión de resultados

8. *Reciprocidad (responsiveness):* con esta última dimensión nos referimos a las mejoras de la democracia en términos de la reciprocidad gubernamental hacia las expectativas, intereses, necesidades y demandas de los ciudadanos. Los gobiernos son recíprocos cuando los procesos democráticos los inducen a hacer e implementar las políticas que los ciudadanos requieren. Esta dimensión está cercana a la rendición de cuentas horizontal y por lo tanto a las dimensiones de participación y competencia.

La reciprocidad es una forma de la representación «en acción» (Eulan y Karps[23] lo cual puede observarse en cuatro aspectos principales: el manejo de políticas como el centro del interés público; la garantía de servicios públicos a los individuos y grupos representados por el gobierno; la distribución de bienes materiales a los electores por medio de la administración pública; la extensión de bienes simbólicos que crean, refuerzan o reproducen un sentido de lealtad y apoyo al gobierno. Todo ellos, elementos importantes que abonan a la legitimidad de un régimen político.

De manera sintética, la reciprocidad puede conceptualizarse en términos de qué tanta correspondencia existe entre las decisiones políticas y los deseos de la ciudadanía; es decir, la disposición y capacidad del gobierno para responder a las necesidades.

Estas ocho dimensiones nos hacen comprender mejor lo que se entiende por calidad de la democracia. Habremos de agregar que existe un consenso sobre otros elementos que componen la calidad de la democracia: Respeto a las leyes por parte de los gobiernos. Sistema electoral representativo basado en partidos políticos democráticos. Elecciones libres y justas. Actuación de acuerdo con las preferencias de los ciudadanos. Medios de comunicación público sin interferencias políticas. Posibilidad de participación de los ciudadanos en un clima de libertad y respeto. En suma la calidad de

---

22 Ibídem p. 14.

23 Morlino, Leonardo, *Democracia democratizaciones*… Op. Cit.

la democracia supone un grado de consolidación y persistencia de la misma democracia es decir, una democracia que vaya más allá de una democracia meramente procedimental.

Estos elementos conceptuales sobre la calidad de la democracia nos permiten dimensionar lo que significa el juicio político en este contexto. Hay una dimensión que hay que enfatizar como es el estado de derecho.

Para que haya juicio político se requiere democratización, ya que el órgano acusatorio y de resolución se encuentra en las cámaras[24]. Ya sea de diputados o de senadores.

3. El juicio político en un ámbito de rendición de cuentas del gobernante

El juicio político se ha entendido como un diseño institucional que implica un proceso que permite al gobernante rendir cuentas en un ámbito de transparencia. El análisis de la transparencia y la rendición de cuentas no da una nueva perspectiva sobre el juicio político.

La transparencia y la rendición de cuentas gubernamentales se han vuelto una exigencia en el mundo de la política y de la administración pública democrática. En buena medida debido a la apertura comercial y la influencia de distintos organizaciones internacionales y a modelos de regulación social.

Respecto a la transparencia y la ética en la función pública habría que considerar dos cosas como bien apunta Thompson: «Los conflictos éticos con que se enfrentan los funcionarios surgen de dos características generales de la función pública: su naturaleza representativa y su carácter institucional. Ellos actúan *para* los ciudadanos y a la vez actúan *con* otros. La primera característica genera conflictos entre los principios de acción; la segunda, entre los principios de responsabilidad»[25].

---

[24] En el caso de México la cámara de diputados actúa órgano acusatorio y la de senadores actúa como órgano de sentencia. En un sistema presidencial autoritario no hay autentica división de poderes por lo que es una utopía hablar de destitución del ejecutivo en caso de corrupción o de ilícitos cometidos.

[25] Thompson, D. (1999). *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*. Barcelona, Gedisa, 1999, p. 14.

3.1. Publicidad del poder y ética política

La democracia también es concebida como ideal, como un conjunto de valores, que protege derechos fundamentales como la libertad, la propiedad, la igualdad, la justicia. Unos de los males endémicos los países en vías de desarrollo es la corrupción y precisamente luchando contra ella[26] se llegó a consolidar, el término transparencia en el lenguaje de los asuntos públicos. La corrupción, por lo tanto no solo es un problema de índole moral sino que se constituye en un verdadero obstáculo para el desarrollo de las naciones y de la consolidación de la democracia. Se ha intentado demostrar el impacto de la corrupción en el desarrollo. «Ahí donde las libertades funcionan la capacidad de denuncia de la sociedad es mayor y por ende la corrupción tiende a disminuir»[27].

Con la aparición del Estado moderno surge la razón de Estado, en este tenor el fin justifica los medios. Con la razón de estado se privilegia las razones del poder sobre cualquier otro ente. Las razones y los interese de los individuos quedan subordinados a los a los intereses del Estado. Por lo que el poder político tienes intereses propios que se distingues de los intereses particulares e incluso puede ser contrario a ellos. Será la tradición liberal, que tiene en John Locke a un sublime representante en donde se contempla la posibilidad de que el Estado respete y proteja una serie de derechos fundamentales. Será función del Estado proteger estos derechos. El derecho de castigar que le es otorgado al Estado se convierte en justicia.

---

[26] Fue el ciudadano alemán Meter Elgen, ex funcionario del Banco Mundial que decidió luchar contra la corrupción. Al observar que en los países menos desarrollados se poseía un mayor grado de corrupción. Y así, crea en 1993 la organización civil Transparencia Internacional. Eigen, recuerda que entro a trabaja al Banco Mundial con la convicción de coadyuvar a crear un mundo mejor, aunque con esa misma convicción creo Transparencia internacional «Tras 25 años, la abandone [se refiere a la organización, el Banco Mundial] por la misma convicción [crear un mundo nuevo] la abandone para fundar en mayo de 1993, junto con unos cuantos amigos y compañeros de lucha de todo el mundo, a Organización no gubernamental (ONG) Transparency International (TI), con el fin de luchar contra la omnipresente corrupción» (Eigen, 2004:16). Eigen tuvo la colaboración estrecha de James D. Wolfensoh.

[27] Reyes, F., Corrupción: de los ángeles a los índices. *Cuadernos de transparencia.* Agosto. Núm. 1. México. IFAI, 2004, p. 21.

El estado tiene, pues así su límite en las libertades de los ciudadanos. El Estado carece de autoridad para restringir las libertades legítimas e inalienables de los ciudadanos. El liberalismo conduce a la idea que de que no existen verdades ni secretos de estados que escapen a la mirada y al interés de los ciudadanos.

En las democracias contemporáneas, donde se asumen los principios liberales, la transparencia es un valor democrático debido a que la legitimidad del poder político se deriva del voto libre de los ciudadanos. Son los ciudadanos los que nutren a la democracia. La diferencia de los sistemas democráticos con otros regímenes, también se encuentra en el número de personas facultadas para participar en el control y en la política del gobierno. Como afirma Dahl, «participar significa tener voz en un sistema de debate público» (Dahl, 1997: 15). Pero, habría que preguntarse ¿qué tantos incentivos tienen los ciudadanos para participar en el debate público? Olson, es pesimista en este sentido «El ciudadano típico no tiene incentivo alguno para embarcarse en un estudio serio de los asuntos públicos o sobre los efectos que en realidad tendrán diferentes tipos de políticas e instituciones públicas»[28]. Además estar informado tiene un costo. A pesar, de todo ello es fundamental la participación en los debates de carácter público y a darle difusión.

La transparencia como un valor democrático, justifica su análisis, porque contribuye a darle «publicidad» al poder no en el sentido de marketing sino en el sentido de público de manifiesto, abierto, realizado frente a los espectadores. Privado seria lo opuesto, lo que se hace en un círculo más restringido. El poder político se ejerce como un poder público. Conceptualmente, según Bobbio, la publicidad del poder ha mostrado dos formas importantes de gobiernos: «la república caracterizada por el control público del poder y en la época moderna por la formación libre de una opinión pública, y el principado, cuyo método de gobierno contempla el recursos a los *arcana imperii*, es decir, al secreto de Estado que en un estado de derecho moderno solamente está previsto como un remedio excepcional»[29] (Bobbio, 2001: 33-34). El ejercicio del poder político debe estar sometido a la obligación democrática de la publicidad.

---

28 Olson, M. (2001). *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas.* Argentina. Siglo XXI, p. 111.

29 Cfr. Bobbio, N. , *Estado, gobierno y sociedad*. México. Fondo de Cultura Económica., 2001, pp. 33-34.

La no publicidad del ejercicio del poder político se asemeja a las teorías de los *arcana imperii* que fue propio del poder absoluto. En donde el poder del príncipe y las decisiones personales y secretas prevalecieron., eran más efectivas porque permanecían escondidas ante las miradas del vulgo. Este poder era equiparable al poder de Dios, invisible. Estas teorías, según el mismo, Bobbio[30] se basaban en dos argumentos principales en una relacionada con la rapidez e imprevisibilidad de las acciones no hay nadie que frene o demore la acción. Y el otro argumento está basado en el desprecio del vulgo. Este razonamiento es válido para los que tienen el poder de decisión en las organizaciones.

La publicidad del poder público puede conducir -si no es tergiversada por los medios de comunicación u otros actores- a una adecuada opinión pública del ejercicio del poder. Así la función de la opinión pública es fundamental para la vida democrática. «La opinión pública influye en la política, tiende a controlarle, a señalarle las prioridades, a criticarla o a aplaudir sus actos»[31].

Con el tema de la transparencia y la rendición de cuentas entramos en el terreno de la Ética política[32] y de los asuntos públicos. Al respecto se ha generado ya una abundante literatura, lo que traduce el interés porque los gobernantes ajusten su comportamiento a ciertos principios éticos que impacten positivamente en el bienestar de la sociedad. No pretendemos entrar al debate de la compatibilidad o no de la ética con la política[33]; aunque pareciera

---

30 Ibidem, p. 55.

31 Rodríguez, J., Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política. *Cuadernos de Transparencia.* Enero. Núm. 4. México. IFAI, 2005, p. 29.

32 La ética pública que puede ser concebida como la práctica de formular juicios ético acerca del comportamiento de los actores políticos, va más allá de reglas concretas, según Thompson: «La ética política no consiste en reglas concretas teorías generales sino en enunciados o criterios que permiten formular juicios […] los criterios deben concebirse como un conjunto de factores que ciudadanos y funcionarios tendrán en consideración cuando deliberan sobre decisiones y políticas» (Thompson, 1999:19).

33 De este conflicto nos da cuenta Thompson, «Existe en conflicto en unir la política y la ética. Dado que a la política parece no importarle la moral. Para la consecución y el ejercicio del poder parece que la moral no es lo relevante. Tendríamos que tomar en cuentan que los ciudadanos expresan sus juicios morales en sus críticas a los políticos y funcionarios públicos. Pero muchos políticos consideran que hay ciudadanos con mucho peso en la opinión pública y que son capaces de causare problemas y esto ya es suficiente para darle importancia a la ética en la vida política. (Thompson, 1999).

que adjetivar a la ética como política nos conduciría a una contradicción en sus términos. Tampoco debemos someter a la política a un conjunto de reglas ajenas a sí misma. La independencia de la política afirmada por Maquiavelo, y confirmada por la literatura posterior, requiere considerar dos premisas: primero que «reconocer la autonomía de la política no significa en absoluto afirmar que la política, cualquier política, sea o deba ser completamente desordenada, o indiferente o, peor aún, totalmente opuesta a algunas reglas morales siempre que no sean las dictadas por alguna confesión religiosa específica y sean interpretadas en exclusiva por los depositarios de esa religión»[34]. Lo que nos conduce a la posibilidad de que la política puede ser moral, es decir que considera algunos valores y principios éticos. En la praxis, los políticos son censurados o elogiados en la forma como resuelven los conflictos, es decir, basados en imperativos políticos o morales. En segundo lugar, si nos situamos dentro de un ámbito o sistema democrático debemos de considerar que el poder se ejerce por un tiempo determinado y se ejerce con controles y contrapesos, a diferencia de un sistema autocrático donde el gobernante puede ejercer una autonomía política y desvincularse de cualquier tipo de moral. Por lo que es una premisa primordial en un sistema democrático, –respetando la autonomía de la política– considerar los principios éticos. Algunos autores, como Thompson[35], consideran que hay una interdependencia entre la ética y la democracia. La ética política sustenta a una política democrática proporcionando criterios para que los ciudadanos exijan rendición de cuentas a sus gobernantes; y la política democrática proporciona elementos para que la ética democrática fundamente los problemas suscitados en su ámbito, –aun aquellos que tienen que ver con sus principios– dentro de un proceso democrático.

3.2. Nueva gestión pública, transparencia y la rendición de cuentas

Para comprender mejor el tema de la transparencia y la rendición decuentas en el sector público hay que referirse a una serie de cambios que tiene que ver con la Reforma del Estado y la modernización de la administración pública centrada esta última en la llamada nueva gestión pública.

---

34 Pasquino, G. La democracia exigente, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 38.

35 Thompson, D. (1999). *La ética política y el ejercicio de cargos públicos…, op. cit.*

Este modelo se ha venido implementando en el mundo impulsado por organismos económicos internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y especialmente por la OCDE[36], quién desde 1970 presenta este modelo y que para 1995 trazaba algunos lineamientos en la reforma de la gerencia pública: flexibilidad, buen desempeño, control y responsabilidad; competencia y elección, promoción de servicios adecuados; mejorar la gerencia de los recursos humanos.

Desde entonces se ha dado un nuevo impulso a la modernización de las administraciones públicas, cuya tendencia se ha orientado hacia: una apertura gubernamental, la descentralización, la privatización de los servicios públicos, la profesionalización del servicio civil de carrera en los países en donde no existe, la participación ciudadana. Se ha enfatizado una gerencia de la administración orientados a los buenos resultados, a la eficacia, la eficiencia y la mejora de la calidad en la prestación de los servicios; la organización del gobierno en departamentos y grupos de agencias, la adopción de toma de decisiones estratégicas y la competencia entre las organizaciones del ámbito público.

Las principales orientaciones de la nueva gestión pública giran en torno a que su ejercicio conduce a un *gobierno más económico y eficiente*. Que transformando su tradicional forma de gestión lo hace más flexible, libre y transparente. Capaz de prestar servicios con mayor calidad al ciudadano. Estos elementos han constituidos parte de la agenda de la reforma burocrática. Que realizando una serie de cambios estructurales y de procesos en la organización no sólo incluye aspectos técnicos sino que involucran a todo el desempeño político con el objetivo de que el gobierno funcione mejor.

La obra de Osborne y Gaebler, *Reinventing government* (1992) y de la administración de Clinton que se impulsa todavía más, el modelo de la nueva gestión pública. Al Gore publica la obra *Creando un gobierno que trabaje mejor y que cueste menos* a principios de los años 90. A

---

[36] El modelo de buen gobierno propuesto por la OCDE contiene los siguientes aspectos: combate a la corrupción, participación ciudadana en las políticas públicas, la utilización de buenas prácticas de gobierno, motivación de la conducta ética a su más alto nivel, la profesionalización de los servidores públicos.

partir de estas obras los principios conductores para las reformas modernizadoras de la administración pública se orientaron en este sentido.

En los inicios de los años noventa, la reforma del gobierno ya no se centró tanto en las privatizaciones por si mismas sino que, se centró en la reforma administrativa del núcleo de las funciones del estado y la construcción de la capacidad del estado. En estos años, los estados redujeron el tamaño de su burocracia gubernamental. Al mismo tiempo intentan un gobierno más eficiente, más moderno, más sensible al ciudadano y menos corrupto.

Con esto entramos en el ámbito de la transparencia que tiene importantes consecuencias en lo que respecta a la legitimidad democrática y permite la participación activa de la sociedad y sobre todo como consecuencia de lo anterior, la transparencia se convierte en un mecanismo de rendición de cuentas.

La transparencia que puede ser entendida como «el compromiso que establece una organización gubernamental, por dar a conocer el público que lo solicite la información existente sobre un asunto público»[37] son dos elementos centrales que debemos de destace en esto. Por una parte el firme compromiso no solo moral sino el que se desprende de la legalidad. Compromiso que debe ser compartido por todos los que integran la organización, de todos los que ejercer una responsabilidad pública. El segundo elemento, tiene que ver con la información. Como un derecho de los ciudadanos y una obligación para la organización. Todo aquel que solicite información se le debe proporcionar, salvo aquella información reservada, Pero, lo más interesante es que por las entidades públicas por ley deben dar cuenta de sus estados financieros, de los ingresos gasto e inversiones. La fluidez de la información que va conformando la transparencia permute que estas entidades públicas no se desvíen de sus objetivos. Las cuentas claras producto de la transparencia, inhibe la corrupción y el abuso del poder. Por tanto, una gestión transparente en el sector público es aquel que posee un control ciudadano, que se somete al escrutinio de la sociedad, que se opone a opacidad, que se somete al estado de derecho, que actúa dentro de un marco legal, es hacer un buen uso del poder que se le

---

37 Vergara, R., La transparencia como problema. *Cuadernos de transparencia*. Marzo, núm. 5. México. IFAI, 2005, p. 17.

confiere para prestar un servicio público. La información es importante, porque genera opinión pública y ésta tiene su influencia en los asuntos públicos, «La opinión pública influye en la política, tiende a controlarle, a señalarle las prioridades, a criticarla o a aplaudir sus actos»[38].

Rendicion de cuentas. Para que las administraciones públicas se conviertan en entidades que rinden cuentas tendrán que hacerse preguntas básicas como: ¿Quién rinde cuentas y por qué? ¿Quién exige cuentas? Las respuestas a estas preguntas parecen obvias: exigen cuentas la comunidad política y la sociedad en general, y éstas se proporcionan por buena voluntad o por ley. Estas respuestas tienen su complejidad, no es tan simple como parece.

En busca de una definición, de *rendición de cuentas política*- la cual es ambigua y hasta contradictoria, - Schmitter, considera cuatro elementos fundamentales: «en primer lugar la rendición de cuentas es una relación entre dos grupos de actores […] en la que cada uno acepta, informar, explicar o justificar al otro sus acciones y someterse a cualquier sanción predeterminada que se haya impuesto. […] En segundo lugar, el tema central de la rendición de cuentas puede ser hasta cierto punto diverso: la conducta ética, la probidad financiera, la estima social, las relaciones sexuales, la interdependencia funcional, la obligación familiar, el deber patriótico, etcétera, pero el tipo que nos interesa es la rendición de cuentas política (*Political accountability*). […] En tercer lugar, todos los regímenes políticos estables quizá, tengan algún tipo previsible de rendición de cuentas para algunos distritos electorales. […] En cuarto lugar, tan perversamente compleja como es la rendición de cuentas política tiene que institucionalizarse si quiere ser efectiva; así por ejemplo, tiene que enraizarse en un conjunto estable de reglas mutuamente entendidas y prestablecidas»[39].

Continua, Schmitter, que la rendición de cuentas políticas, «proporciona tres tipos de actores genéricos, los ciudadanos, los representantes y los

---

38 Rodríguez, J., Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política. … *Op. Cit.* p. 29.

39 Schmitter, P**.** (2007). Calidad de la democracia: las virtudes ambiguas de la rendición de cuentas. En Cansino, C. & Covarrubias (coords.). *Por una democracia de calidad.* México después de la transición. México. Centro de Estudios de Política Comparada, A.C. / Educación y Cultura, Asesoría y Promoción, S.C. pp. 78-79.

gobernantes, además sus intercambios de información 'ciclica y reciproca', las declaraciones de intención/ justificación y los actos de delegación, son los que podrían o no dar lugar a la rendición de cuentas»[40].

El mismo del término, *accountability* que se traduce como rendición de cuentas, tiene la connotación de obligatoriedad. En la rendición de cuentas se involucran a dos partes principales: el que rinde cuentas y al que se le rinde cuenta. En ambos casos encontramos los dos componentes obligación y derecho. La obligación de rendición cuentas y el derecho a que se le rinda cuenta. Relacionado con lo anterior, la rendición de cuentas tiene dos dimensiones básicas por un lado la obligación de los políticos y funcionarios de informar, argumentar y justificar en público, las principales decisiones y acciones que toman en el ejercicio de sus gobiernos, y por otra parte, incluye en caso de que no hayan cumplido sus deberes públicos, la sanción. En suma son tres elementos implicados en el término rendición de cuentas (accountability): la información, la justificación y la sanción. Con esto, la rendición de cuentas somete al poder al imperio de la ley y de la razón. «La rendición de cuentas involucra por tanto el derecho a recibir información y la obligación correspondiente de divulgar todos los datos necesarios. Pero también el derecho a recibir una explicación y el deber correspondiente de justificar el ejercicio del poder»[41].

El juicio político en este contexto de un gobierno más responsable, transparente y que rinda cuentas cobra nuevas dimensiones. Los ciudadanos cada vez más se involucran en estos temas.

4. Presidencialismo y juicio político

El juicio político es una figura constitucional que se basa en la división de poderes, en el contrapeso y en el equilibrio de poderes. Es un mecanismo de control que le da facultades al congreso de destituir a funcionarios de alto nivel incluyendo a los Presidentes de la república. Su carácter es excepcional. Hay que tomar en cuenta los procedimientos que se siguen y las condiciones sociopolíticas.

En un sistema presidencial el juicio político tiene relevancia ya que la figura del presidente tiende a ser más fuerte que las de los demás poderes.

---

40 Ibídem , p. 87.

41 Schedler, A., ¿Qué es la rendición de cuentas? …, *op. cit.*, p. 14.

El presidencialismo tiene como prototipo a los Estado Unidos y es seguido en América Latina por una veintena de países, que dicho sea de paso han practicado un presidencialismo que no ha funcionado de acuerdo a las expectativas ciudadanas y que su comportamiento ha sido frágil, sucumbiendo a golpes de Estado, por ejemplo. En cambio, el parlamentarismo ha sido una práctica europea, lo cual es explicable ya que todos proceden de monarquías, las cuales ya tenían un jefe de Estado hereditario.

El presidencialismo se centra en la figura del presidente que reúne las funciones del jefe de gobierno y jefe de estado. En contraste con «un sistema parlamentario, en el cual existe una estrecha vinculación entre la mayoría parlamentaria y el gobierno parlamento. En el presidencialismo, el gobierno no se puede, de ningún modo, pertenecer al parlamento[42].

Según, Sartori, para definir a un *sistema presidencial*, debemos tomar en cuenta los siguientes criterios: 1) la elección popular directa o casi directa del jefe de Estado por un tiempo determinado que oscila entre 4 años y 8 años […] 2) el gobierno, o el ejecutivo no es designado o desbancado mediante el voto parlamentario. El gobierno es una prerrogativa presidencial, es el presidente el que nombra o sustituye a los miembros de su gabinete. […]. 3) es el presidente el que dirige el Ejecutivo: la línea de autoridad es clara del presidente hacia abajo. Sartori, «De manera que un sistema político es presidencial si, y solo si, el jefe de Estado (el Presidente) a) es electo popularmente; b) no puede ser despedido del cargo por una votación del parlamento o Congreso durante su periodo preestablecido, y c) encabeza o dirige del alguna forma el gobierno que designa»[43].

El primer criterio definitorio de un sistema presidencial es la elección popular directa o casi directa del Jefe de Estado por un tiempo determinado. Austria, Islandia e Irlanda utilizan la elección popular directa de sus presidentes y solo se trata, de un presidencialismo de fachada. Un segundo criterio definitorio es que en los sistemas presidenciales el gobierno, o el

---

42 Nohlen, D. et al.. *Diccionario de ciencia política*. T. II. México. Porrúa y el Colegio de Veracruz, 2006, p. 114.

43 Sartori, G., *Ingeniería constitucional comparada*. México. Fondo del Cultura Económica, 2003, p. 97-99.

Ejecutivo, no son designados o desbancado mediante el voto parlamentario. Los gobiernos son una prerrogativa presidencial: es el presidente el que a su discreción nombra o sustituye a los miembros del gabinete. Es cierto que cualquier presidente puede elegir a sus ministros de una forma que agrade al parlamento, aun así, los miembros del gabinete deben su designación al presidente. Estos dos últimos criterios no son suficientes para definir al. Sistema presidencial, debe de quedar muy claro que un sistema presidencial puro no permite ninguna clase de «autoridad dual» que se interponga entre él y su gabinete. Lijphart[44] propone el criterio de «un ejecutivo de una persona». Pero esta es quizás una precisión muy limitante: implica que el jefe de estado debe de ser el jefe de gobierno. La línea de autoridad debe de ser clara del presidente hacia abajo. El tercer criterio es que el presidente dirige el Ejecutivo. De manera que un sistema político es presidencial si, y solo si, el jefe de Estado es electo popularmente; no puede ser despedido del cargo por una votación del parlamento o Congreso durante su periodo pre- establecido, y si encabeza o dirige de alguna forma el gobierno que designa.

Los Estados Unidos, Argentina y chile, tuvieron o tienen elecciones casi directas, en las que el presidente es elegido por el parlamento cuando ningún candidato recibe la mayoría absoluta del voto popular. El presidencialismo por mucho ha funcionado mal. Con la única excepción de los Estados Unidos, todos los demás sistemas presidenciales han sido frágiles.

El modelo de Washington está caracterizado, más que por cualquier otro rasgo individual, por la división y separación de poderes entre el presidente y el congreso. Para Neustand los padres fundadores no crearon un gobierno de poderes separados sino, en cambio, « un gobierno de instituciones separadas que comparten el poder», La división consiste en separar al Ejecutivo del apoyo parlamentario, mientras que compartir el poder significa que el Ejecutivo se mantiene con el apoyo del Parlamento, o cae cuando le falta este.

Con la separación de poderes, el Parlamento no puede interferir en los asuntos internos del campo que corresponde al Ejecutivo, y

---

[44] Lijphart, A., *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*. Barcelona. Ariel, 2000.

especialmente, no puede destituir a un presidente. La separación de poderes implica que un presidente no puede disolver un parlamento.

La característica definitoria y central del modelo de Washington es un poder ejecutivo que subsiste por separado, por derecho propio, como un organismo autónomo. El supuesto básico acerca de los sistemas presidenciales es que conducen a un gobierno fuerte y efectivo. Pero este supuesto tiene poco fundamento. El hecho de que el sistema estadounidense durante mucho tiempo ha logrado resolver sus problemas no puede ocultar que una estructura de poder dividida genera parálisis y estancamientos más que cualquier otra. Las coaliciones son acuerdos, pero no acuerdos sobre un solo tema o a los que se llega diariamente. Para que sea significativo, el concepto de coalición supone un mínimo de constancia, es decir, alguna clase de entendimiento duradero que abarca una gama congruente de temas. Las coaliciones que se forman una noche anterior a la votación no son coaliciones. En América Latina se encuentra la mayoría de los sistemas presidencialistas. Y también es aquí donde estos tienen un impresionante historial de fragilidad e inestabilidad. Costa Rica es el mejor ejemplo de presidencialismo en América Latina. Muchos presidencialismos latinoamericanos se fundamentan en sistemas partidistas «equivocados». Pero el principal argumento es que los presidentes latinoamericanos de ninguna manera son todopoderosos, por el contrario, la mayoría de los presidentes latinoamericanos enfrentan fuertes problemas para cumplir los programas de campana. Han tenido el todo el poder para iniciar las acciones políticas, pero les ha sido muy difícil obtener el apoyo para ejecutarlos. La mayoría de los presidentes latinoamericanos tienen más poder que un presidente estadounidense. En muchos casos se les da el poder de vetar secciones de leyes, lo que repetidas veces se le ha negado a la Casa Blanca, se les permite gobernar en gran medida por decretos, aunque en diferente grado y a menudo se les conceden amplios poderes de emergencia. Lo que prevalece actualmente es la tendencia a recortar «las alas» de la presidencia, porque se considera, equivocadamente, que las pasadas tomas dictatoriales del gobierno son resultado de su poderío. El problema reside en el principio de la separación de los poderes, el que mantiene a los presidencialismos de América Latina en una perenne e inestable oscilación entre el abuso del poder y la falta del mismo.

Linz y otros han llegado a la conclusión de que la solución para Latinoamérica es la eliminación del presidencialismo y adoptar en su lugar una forma parlamentaria de gobierno. El argumento de Linz se basa en que los sistemas presidenciales son rígidos y mientras que los parlamentos son flexibles, y que debe de preferirse esta flexibilidad. Los sistemas presidenciales no pueden manejar las crisis importantes. Una de las alternativas posibles del presidencialismo es el semipresidencialismo. La democracia parlamentaria no puede funcionar a menos que existan partidos adaptados al parlamentarismo., es decir, partidos que han sido socializados para ser organismos cohesivos y/o disciplinados. Los partidos disciplinados son una condición necesaria para el funcionamiento de los sistemas parlamentarios. Dicho de otra manera los partidos indisciplinados, los sistemas parlamentarios se convierten en sistemas de asambleas no funcionales.

El este contexto, el análisis del juicio político en América latina, se inscribe en una tipología de crisis política[45]. Los diseños constitucionales que identifican son tres: judicial, parlamentario y mixto. Asimismo, se toman en cuenta tres variables para la comprensión del juicio político: la conjunción de escándalo, debilidad legislativa y movilización popular. La realidad sociopolítica de América Latina condujo a la conjunción de estos tres elementos. Hubo un enfrentamiento presidencial con sectores importantes de la sociedad.

El mismo, Pérez Liñán[46], partiendo de un nuevo patrón de inestabilidad política en la región, analiza cinco casos de destitución presidencial, en esta investigación el juicio político es considerado como uno de los posibles desenlaces a la crisis política, en la cual se involucran además del poder ejecutivo y legislativos, otros actores relevantes como son los medios de comunicación, la inconformidad popular contra el gobierno y el mismo diseño constitucional de cada país. La movilización masiva es un causal muy importante en la remoción del presidente.

---

45 Perez Liñán , A. (2007) Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America. New York, Cambridge University Press, 2007 . accesado el 3 de mayo de 2014 http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic925740.files/Week%206/Perez-Linan_Presidential.pdf

46 Ibidem.

En este contexto de movilizaciones el poder de los ciudadanos. Cuando afirmamos que el poder es del pueblo, estamos ante la legitimidad del poder, de la fuente del poder. Lo que lo legitima y sustenta. El poder es legítimo cuando emana de la voluntad popular, cuando viene de abajo. Desde este punto de vista existe democracia: «cuando existe una sociedad abierta en la que la relación entre gobernantes y gobernados es entendida en el sentido de que el Estado está al servicio de los ciudadanos y no los ciudadanos al servicio del Estado, en la cual el gobierno existe para el pueblo y no viceversa»[47]. La base de la democracia radica en el pueblo por lo tanto los gobernados deben de exigir que la justicia sea igual para todos y que no se aplique de manera selectiva sobre todo en los casos de corrupción de los mandatarios.

Conclusiones

La justicia constitucional no es nueva se consolida después de la segunda guerra mundial, es decir la creación de instrumentos procesales para garantizar la eficacia de las normas fundamentales. Esto sin embargo, representó una serie de procesos, muchos de ellos tuvieron que ver con la democracia.

Por su parte el juicio político establecidos en las constituciones de los diferentes países que adoptaron ya sea el modelo americano o europeo, es un mecanismo que permite cumplir con la constitución, y debe hacer responsable a los servidores públicos de sus actos.

La democracia ha investigado últimamente dos vertientes de la democracia su déficit y su calidad.

Una democracia de calidad es una «buena» democracia y se entiende como aquel ordenamiento constitucional estable que mediante instituciones y mecanismos que funcionan correctamente realiza la libertad y la igualdad de los ciudadanos.

El desarrollo de una democracia de calidad es cada vez más exigente y con el estado de derecho debe coadyuvar a evitar la impunidad.

Por otra parte, la transparencia y la rendición de cuentas gubernamentales se han vuelto una exigencia en el mundo de la política y

---

47 Sartori, G. *Teoría la democracia. 2. Los problemas clásicos?* Madrid. Alianza Universidad, 2005, pp. 47.

de la administración pública democrática. En buena medida debido a la apertura comercial y la influencia de distintos organizaciones internacionales y a modelos de regulación social por lo que resulta un contexto importante para la realización del juicio político.

Las principales orientaciones de la nueva gestión pública giran en torno a que su ejercicio conduce a *un gobierno más económico,más eficiente* y más transparente.La transparencia puede ser entendida como el compromiso que establece una organización gubernamental, por dar a conocer el público que lo solicite la información existente sobre un asunto público. Es el compromiso del gobernante como representante de una institución pública. La rendición de cuentas, por su parte, involucra por tanto el derecho a recibir información y la obligación correspondiente de divulgar todos los datos necesarios. Pero también el derecho a recibir una explicación y el deber correspondiente de justificar el ejercicio del poder.

Estos esquemas conceptuales deben permitir una mejor comprensión del juicio político como un componente de justicia constitucional.

Referencias Bibliográfícas

Bobbio, N., *Estado, gobierno y sociedad*. México. Fondo de Cultura Económica., 2001.

Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional en México*, México, Porrúa, 2006.

Cansino, C. & Covarrubias, I. (Coords.) Por una democracia de calidad: México después de la transición, México, Centro de Estudios de Política Comparada, A.C., 2007.

Dahl, R., *La poliarquía. Participación y oposición*. Madrid.Tecnos, 1997.

Diamond Larry and Morlino Leonardo , «Introduction» en Diamond, Larry and Morlino, Leonardo, *Assessing the Quality of Democracy,* The Johns Hopkins University Press and National Endowment for Democracy, Unites States of America, 2005.

Eigen, P., *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder*. Buenos Aires. Planet, 2004.

Fix, Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de la evolución de la justicia constitucional*, México, UNAM, 1968.

– (2014) *La justicia constitucional en América Latina*, México, p. 454 accesado el 6 de mayo de 2014 http://www.bibliojuridica.org/libros/2/703/3.pdf

Fix Zamudio, «La justicia constitucional en América Latina» pagina, accesado el 6 de mayo de 2014 http://www.bibliojuridica.org/libros/2/703/3.pdf

Herrera, Carlos M., La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995 accesado el 6 de mayo de 2014 http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/16/teo/teo8.pdf

Liconia, Cecilia, V. , Juicio Político, *Expediente Parlamentario* número 14, México, Centro de Estudios de derecho e investigaciones parlamentarias, 2007.

Lijphart, A., *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*. Barcelona. Ariel, 2000.

Morlino, Leonardo, *Democracia democratizaciones*, México, Centro de Estudios de Política Comparada, 2005.

Nohlen, D. et al.. *Diccionario de ciencia política*. T. II. México. Porrúa y el Colegio de Veracruz, 2006, p. 114

Olson, M., *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas.* Argentina. Siglo XXI, 2001.

Pasquino, G. The democratic deficit, Ponencia en congreso mundial de ciencia política, Madrid, del 8 al 12 de julio, 2012.

Pasquino, G. La democracia exigente, Madrid, Alianza Editorial, 2000.

Perez Liñán , A. Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America. New York, Cambridge University Press, 2007 . accesado el 3 de mayo de 2014 http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic925740.files/Week%206/Perez-Linan_Presidential.pdf

Pérez Liñán, A., Juicio político al presidente y la nueva inestabilidad política en América Latina, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, p. 2009.

Ramírez, Tena, (1973) *Derecho constitucional Mexicano*, México, Porrúa.

Rodríguez, J., Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política. *Cuadernos de Transparencia.* Enero. Núm. 4. México. IFAI, 2005.

Ramírez, Tena, *Derecho Constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1973.

Reyes, F., Corrupción: de los ángeles a los índices. *Cuadernos de transparencia.* Agosto. Núm. 1. México. IFAI, 2004.

Sartori, G., *Ingeniería constitucional comparada*. México. Fondo del Cultura Económica, 2003.

Rodrigo, Cintia, El impeachment en América Latina, un desafío abierto para el análisis político, *Revista electrónica del instituto de investigaciones, Ambrosio L. Gioja*, Argentina, año V. Número especial, 2011 accesado el 6 de mayo de 2014 http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0013_p-d-constitucional.pdf

Sartori, G. *Teoría la democracia. 2. Los problemas clásicos?* Madrid. Alianza Universidad, 2005.

Schedler, A. ¿Qué es la rendición de cuentas? *Cuadernos de transparencia.* Enero, 03. México. IFAI., 2005

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *La democracia en América Latina*, Buenos Aires, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2004.

The Constitution of the United States of America, Hids Hayden & Eldredge, Philadelphia, 1913.

Thompson, D. (1999). *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*. Barcelona, Gedisa, 1999.

Pasquino, G. The democratic deficit, Ponencia en congreso mundial de ciencia política, Madrid, del 8 al 12 de julio, 2012.

Schmitter, P. (2007). Calidad de la democracia: las virtudes ambiguas de la rendición de cuentas. En Cansino, C. & Covarrubias (coords.). *Por una democracia de calidad.* México después de la transición. México. Centro de Estudios de Política Comparada, A.C. / Educación y Cultura, Asesoría y Promoción, S.C., 2007.

Vergara, R., La transparencia como problema. *Cuadernos de transparencia*. Marzo, núm. 5. México. IFAI, 2005.