



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

## CONSTITUCIONALIZACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA. EL CASO DEL PODER JUDICIAL EN MÉXICO.

TESIS  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
LICENCIADO EN CIENCIA POLÍTICA Y  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
(CIENCIA POLÍTICA)

PRESENTA:  
IVÁN GARCÍA GARATE

ASESORA:  
DRA. ROSA MARÍA LINCE CAMPILLO

Tesis realizada con el apoyo de la Dirección General de Asuntos del Personal Académico (DGAPA) de la UNAM, mediante proyecto PAPPIT (IN305411-3), "La Hermenéutica como herramienta metodológica de investigación en Ciencias Sociales y Humanidades" coordinado por la Dra. Rosa María Lince Campillo.



MÉXICO, D.F.

2013



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

*A Rosa María Lince Campillo.*

*A la FCPyS, una disculpa por la tardanza.*

## **Constitucionalización y Judicialización de la Política. El caso del Poder Judicial en México.**

### **Introducción.**

El presente proyecto de investigación parte de una premisa fundamental: la *constitución* y los asuntos constitucionales tienen un origen y una naturaleza política-social que trasciende las fronteras del derecho constitucional, como rama especializada de la ciencia jurídica, y que pueden ser estudiados por otras ciencias sociales. En este caso, la ciencia política.

Bajo esa premisa se construye la hipótesis de este trabajo: **la *constitucionalización* del Estado modifica la estructura y facultades del Poder judicial al otorgársele facultades de control constitucional, con ello se le da un mayor peso a las decisiones judiciales para definir los problemas políticos relacionados con la constitución. Esto ha traído como consencuencia la importancia política del Poder judicial.** Esta transformación se ve reflejada en el caso del Estado mexicano. El Poder judicial en México de 1994 a la fecha ha experimentado una serie de transformaciones para convertirlo en un órgano protector de la Constitución, función que lo ha fortalecido políticamente: las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, órgano máximo del Poder Judicial en México, definen en última instancia el contenido constitucional de las relaciones políticas entre los poderes del Estado y entre estos poderes y las personas.

La investigación y análisis que a continuación se presenta constatarán esta hipótesis en tres capítulos. El primero de ellos aborda el significado del concepto *constitución* desde su aparición en el pensamiento político hasta su desarrollo en el modelo de *Estado de Derecho* de principios del siglo XX. Se sostiene en este capítulo que la constitución es un fenómeno político. La creación de una constitución es un proceso que pretende *constituir* una unidad política y social. Una *constitución* es la decisión de las fuerzas reales, activas y eficaces que detentan un poder político *real*. Este fenómeno es meramente político. No existe Derecho en este proceso. El Derecho es posterior. Esas decisiones establecerán un orden jurídico. Es entonces cuando el fenómeno político y social se transforma en Derecho.

Si el proceso de creación de una constitución es político, los procesos relacionados con ella son fenómenos políticos: una reforma constitucional aprobada por el Constituyente permanente o el control de la Constitución que ejercen los jueces son fenómenos de carácter político y no solamente jurídico-constitucional.

Para demostrar la naturaleza política del concepto *constitución*, el Capítulo I inicia con un análisis sobre algunas manifestaciones del fenómeno constitucional en la sociedad y en la política cotidiana. Posteriormente se hace un recorrido histórico del concepto de *constitución* que demuestra su naturaleza política antes que jurídica. Una vez desarrollada la historia, este capítulo se adentra en el estudio de la teoría constitucional del siglo XIX y siglo XX en la que se estableció una definición de *constitución* propia del Estado moderno en las que, en la mayoría de los casos se resaltaba el carácter político de ésta y no necesariamente la posibilidad de que ese documento fuera aplicado por un juez constitucional.

En el capítulo segundo se estudia los fundamentos teóricos que dieron origen a las transformaciones del Estado de Derecho al *Estado constitucional* que tienen su origen con el desarrollo de un derecho internacional a partir de la existencia de la Organización de Naciones Unidas hasta las reformas globales al sistema de justicia internacional y también el interno de diferentes países. En este capítulo se estudia el proceso de *constitucionalización* del Estado o la formación del *Estado constitucional*. El estudio de la teoría constitucional contemporánea demuestra la existencia teórica de un modelo de Estado distinto al Estado de Derecho. Este es llamado el *Estado constitucional* y tiene como característica principal que hace de la *constitución* -por contenido y no por forma- el verdadero fundamento del Derecho y no la ley aprobada por el legislador como plantea el Estado de Derecho en su versión positivista-formalista. La transformación del Estado y el traslado del fundamento de validez del Derecho son sin duda procesos políticos porque tienen que ver con el fundamento de poder político.

Este segundo capítulo también analiza la transformación del Poder Judicial en ese nuevo modelo de Estado. Para que el *Estado constitucional* funcione es necesario la existencia de un Poder Judicial fuerte e independiente. Por esa razón, el *constitucionalismo* actual propone una serie de

modificaciones a las facultades del Poder Judicial que le permitan ser órgano defensor de la Constitución, esto es lo que llamamos *judicialización* de la Constitución y de la política. Estas facultades del Poder Judicial traen como consencuencia la visibilidad pública de poder judicial y una participación mayor por parte del juez que por medio de sus resoluciones incide directamente en el ámbito de la vida pública y por medio de esas decisiones define las relaciones entre los poderes públicos, entre estos y los particulares u otros órganos autónomos, y entre particulares. Consideramos que éste es un fenómeno no necesariamente novedoso en el Derecho ni en la Política ya que desde siempre las decisiones del juez han impactado en la vida política de la sociedad. La diferencia es que con este proceso de *constitucionalización* del Estado y la *judicialización* de la Constitución, la incidencia de las decisiones de los jueces políticos y la Corte es más visible.

En el tercer capítulo se hace constatación de este modelo teórico en la Constitución mexicana a partir de una serie de reformas llevadas a cabo desde hace un par de décadas al Poder Judicial y en particular a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para ello se hará un breve descripción de las instituciones jurídicas-constitucionales creadas con las diferentes reformas y posteriormente, se llevará a cabo una lectura desde lo político, es decir, sobre cómo se han modificado las relaciones entre los Poderes públicos y entre estos y las personas a partir de dichas reformas. Este capítulo pretende demostrar cómo ese modelo de *Estado constitucional* no solo existe en la teoría constitucional sino que se empieza a materializar en algunos estados como el caso del Estado mexicano. A partir de un recorrido por las reformas al Poder Judicial en los últimos 16 años, y particularmente las realizadas en 2011, se demuestra que la *ley* cuya validez únicamente se sustenta en los procesos formales de creación dejó de ser el paradigma más importante del Derecho mexicano y que ahora son los derechos humanos establecidos en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, que ahora se encuentran jerárquicamente al mismo nivel que la Constitución y en algunos casos podrán estar por encima de ella. Esto no significa prescindir de la ley ni del proceso legislativo. No se trata de establecer un sistema jurídico a partir de la decisión del juez. La ley escrita sigue siendo un punto medular en el sistema

jurídico. Sin embargo, la importancia y centralidad de la ley: una ley sea válida sustancialmente por sus contenidos y no por sus formas.

Con este cambio de paradigma, el Poder judicial y la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido fortalecido y ha adquirido una mayor importancia política porque sus decisiones inciden con mayor peso en el ámbito de público. Con estas reformas, el Poder judicial puede jugar un papel muy importante en la construcción de una sociedad más democrática.

En el Capítulo IV se exponen algunas de las conclusiones más importantes de este proceso y la importancia política de éste. Además se exponen algunas ideas para continuar esta investigación en futuros trabajos de investigación.

## Índice.

Introducción.....	1
Índice.....	5
<b>Capítulo I. La constitución como un fenómeno político.....</b>	<b>6</b>
1.1 Manifestaciones diversas del fenómeno constitucional.....	6
1.2 Orígenes políticos del concepto <i>constitución</i> .....	11
1.3 La <i>constitución</i> como la suma de factores reales de poder. Las ideas de Ferdinand Lassalle.....	16
1.4 La <i>constitución</i> como el conjunto de decisiones políticas fundamentales. Las ideas de Carl Schmitt.....	20
1.5 Tres significados de <i>constitución</i> . Las ideas de Hermann Heller.....	24
<b>Capítulo II. La teoría constitucional contemporánea.....</b>	<b>29</b>
2.1 Peter Häberle y el <i>Estado constitucional</i> .....	32
2.2 Gustavo Zagrebelsky y la <i>ductilidad constitucional</i> .....	37
2.3 Luigi Ferrajoli y el <i>Estado constitucionalidad garantista</i> .....	41
2.4 Boaventura de Sousa Santos. Reforma al Poder Judicial y democracia.....	45
<b>Capítulo III. Constitucionalización y judicialización en el Estado Mexicano.....</b>	<b>53</b>
3.1 Constitucionalización y judicialización.....	53
3.2 La reforma al Poder Judicial 1994 y control constitucional.....	54
3.3 La reforma de Justicia Penal de 2008.....	55
3.4 La reforma en materia de acciones colectivas de 2010.....	61
3.5 La reforma en materia de Amparo de 2011.....	63
3.6 La reforma constitucional de Derechos Humanos de 2011.....	67
3.7 El caso Rosendo Radilla.....	70
<b>Capítulo IV. Conclusiones.....</b>	<b>75</b>
<b>Bibliografía y fuentes.....</b>	<b>81</b>

## **Capítulo I. La Constitución como un fenómeno político.**

Este capítulo estudia la naturaleza política de la *constitución* y de las manifestaciones específicas del fenómeno constitucional en la vida política de las sociedades modernas. Para ello se desarrolla una historia del concepto *constitución* desde sus primeros usos en la filosofía política hasta sus significados construidos por la teoría constitucional del Estado moderno. Sobre estos fundamentos se constata que *constitución* y las diferentes manifestaciones del fenómeno constitucional tienen una esencia política antes que jurídica. Detrás del fenómeno jurídico-constitucional, está el fenómeno político-constitucional.

### **1.1 Manifestaciones diversas del fenómeno constitucional.**

Los siguientes ejemplos muestran diversas manifestaciones del fenómeno constitucional en la sociedad política moderna:

- 1) El proceso de creación de una constitución genera una serie de reflexiones y posiciones políticas en la opinión pública desde los orígenes del constitucionalismo moderno en el siglo XIX.

Joaquín Fernández de Lizardi, escritor mexicano conocido como *el Pensador Mexicano*, en uno de los pasajes de su obra *Las Conversaciones del Payo y del Sacristán* (1824) ironiza sobre el proceso de creación de la *constitución* para la naciente República mexicana. Dice “el Sacristán”, personaje creado por Fernández de Lizardi:

Cierto que se ahoga usted en poca agua: ¿pues qué usted cree que para ser diputado se necesita saber tanto? No, amigo, en teniendo patriotismo y buena intención, con eso basta; y en sabiendo citar oportunamente a Montesquieu, Filagieri, Benjamin Constant, Payne, Madame Staël, Bentham y otros autores clásicos ¡Ave María purísima! Entonces uno puede pasar por un Seneca; y si el diputado tiene tal cual noticia de la constitución inglesa y el código de Napoleón, entonces sí, ya no hay más que pedir.<sup>1</sup>

La sátira de Fernández de Lizardi muestra que en ciertos sectores de la sociedad de la nación independiente en 1824, el proceso constitucional generó una discusión pública importante. Su reflejo en los diarios de la época, incluso su caricaturización, son elementos que muestran que

---

<sup>1</sup> Joaquín Fernández de Lizardi, *Constitución Política de una República Imaginaria*, PRI-CEN, Materiales de Cultura y Divulgación Política Mexicana 19, México, (1975) facsimilar 1987, p. 5.

detrás del proceso de creación constitucional hay una discusión pública que se lleva a cabo en los espacios políticos.

Por otro lado, el pasaje literario resalta las raíces comunes del pensamiento político constitucional de la Modernidad lo que supone la existencia de un consenso constitucionalista a favor de ciertos principios de una filosofía política particular: el constitucionalismo liberal-burgués.

2) *Constitución* es un concepto que se transforma y que se adapta a los cambios en la organización política. Es un concepto creado por el ser humano y cuyo significados pueden modificarse. Un ejemplo de dichas transformaciones lo proporciona el proceso de *constitucionalización* de Europa. El proceso de integración de la Unión Europea iniciado con los Tratados de Maastricht de 1992 pasó por un intento de *constitucionalización* en 2005. Este proceso inició con la elaboración de un Tratado constitucional que cumplía las funciones de constitución trasnacional para lo que había sido llamado un Estado trasnacional. El concepto moderno de *constitución* fue creado para definir éstas dentro del Estado-nación. Sin embargo, ante la crisis del modelo, se han creado nuevas formas de organización políticas como la Unión Europea. Por lo tanto, si las formas de Estado se transforman, la *constitución* debe transformarse como sucede en este caso.

Al final, los intereses generales de Europa se enfrentaron a las soberanías de Francia y Holanda que rechazaron el tratado y el intento de constitucionalización europea se vino para bajo.

Sin embargo, el proceso generó reflexiones importantes en la teoría política y la teoría del Estado que demostraron otro aspecto de la complejidad del fenómeno constitucional. La *constitución* como instrumento de formalización de los estados modernos se ha transformado a las nuevas formas de la organización política actual.

En 2004, Jürgen Habermas escribía sobre este proceso de *constitucionalización* lo siguiente:

El desafío no consiste en *inventar* algo, sino en *conservar* las grandes realizaciones democráticas de los Estado-nación europeos, más allá de sus límites. Al lado de las garantías formales del Estado de derecho, dichas realizaciones incluyen un cierto nivel de bienestar social y un cierto grado de autonomía privada *efectiva*, que se ha convertido en un aspecto de la legitimación democrática. En razón de esta adaptación del derecho a

exigencias materiales, el debate constitucional sobre “el devenir de Europa” depende sin embargo de discusiones altamente especializadas entre economistas, sociólogos y politólogos, más que de juristas y filósofos.<sup>2</sup>

Habermas resalta en particular que el proceso de creación constitucional europea requiere más de sociólogos, politólogos y economistas que de juristas. Esto no es solamente aplicable al caso europeo sino a cualquier proceso constitucional dentro de cualquier estado. La adaptación de una constitución a las exigencias materiales y específicas de un pueblo, para que ésta tenga un verdadero sentido de *ley fundamental*, sólo se podrá realizar mediante el debate de otras ciencias que permiten comprender la naturaleza compleja del fenómeno constitucional entre las que se encuentra la Ciencia Política.

- 3) En los discursos políticos, las referencias a la *constitución* son constantes y usadas por todos los actores políticos. De acuerdo al principio de legalidad del Estado de Derecho, todos los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial son para “hacer valer”, “respetar”, “fortalecer” la *constitución*. Esta característica ha dado lugar al uso discursivo de la *constitución* no sólo para fundamentar los actos como exige el Estado de Derecho, sino para legitimarlos. Por ejemplo, el decreto del Presidente de la República para justificar la extinción de Luz y Fuerza del Centro; la sentencia del Tribunal Electoral en la Elección de 2006; la promulgación de las reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones en 2006 (la llamada *Ley Televisa*), o incluso los estatutos o plataformas electorales de los partidos políticos se fundamentan constitucionalmente; pero además, se sostienen discursivamente por parte de los actores políticos que ocupan esos poderes públicos para *legitimar* sus acciones. El discurso hace referencia a la *constitución* como el símbolo de la idea y proyecto de Estado elaborada por el pueblo por medio del Poder Constituyente como depositario de la soberanía.

Sin embargo, paradójicamente, el uso discursivo de la *constitución* no es único de los actores políticos que ocupan los Poderes públicos; muchos

---

<sup>2</sup> Habermas, Jürgen, *¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?*, en Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (editores), *La Constitucionalización de Europa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM, México, 2004, p. 47.

movimientos sociales y políticos la utilizan para legitimar sus demandas y sus acciones: el Sindicato Mexicano de Electricistas argumenta que el decreto del Poder Ejecutivo que extinguió Luz y Fuerza del Centro en 2009 fue inconstitucional<sup>3</sup>; Andrés Manuel López Obrador argumentó que la constitución protegía el movimiento civil de resistencia después conocerse la sentencia del Tribunal Electoral en 2006<sup>4</sup>; los senadores que interpusieron la acción de inconstitucionalidad contra la Ley Televisa argumentaron que la decisión del Poder Legislativo al aprobar la ley iba en contra de la ley fundamental<sup>5</sup>; por último, la sociedad civil organizada que pelea el espacio político a los partidos políticos fundamenta sus acciones, discursivamente, en la reivindicación de los diferentes derechos y obligaciones del Estado establecidas en la *constitución*: derechos civiles, políticos, medioambiente, seguridad pública, etc.

De esto se obtienen dos conclusiones: la primera, que la Constitución es un elemento discursivo que puede utilizarse por todos los actores políticos y que su uso busca legitimar una acción política. La segunda, no es sólo un elemento discursivo sino también un instrumento de acción política. Los Poderes constituidos deben de hacer valer y respetar la Constitución por medio de sus actos legislativos, ejecutivos y judiciales. Además, los ciudadanos, organizados o de forma individual, encuentran en la Constitución las garantías de ejercicio de sus derechos, acción que desde la teoría política debe de leerse como política porque es en esencia una lucha determinante en el equilibrio de los poderes.

Estas manifestaciones del fenómeno constitucional en diferentes ámbitos de la vida política de una sociedad demuestra que el concepto de *constitución* adquiere significados diversos de acuerdo a contextos políticos particulares pero en todos se hace evidente su naturaleza política compleja. La complejidad deriva de que la *constitución* es un fenómeno de distintas y complementarias naturalezas: la social, la política, la cultural y la jurídica.

---

<sup>3</sup> <http://www.eluniversal.com.mx/primer/33753.html>

<sup>4</sup> <http://www.jornada.unam.mx/2006/09/13/index.php?section=politica&article=016n1pol>

<sup>5</sup> <http://www.eluniversal.com.mx/primer/26757.html>

La *constitución* es un documento escrito que establece la forma de organización política, la administración, sus controles políticos y los derechos de los individuos que habitan y forman un Estado. Pero no es *solo* eso. La *constitución* representa, social e históricamente, el triunfo de la libertad y la racionalidad política frente a los abusos de un poder desmedido en cualquiera de sus formas. De ahí que el concepto esté arraigado en los imaginarios colectivos de los pueblos con una tradición democrática. Esto sin embargo tiene algunos matices. La palabra *constitución* puede significar el triunfo de la libertad, símbolo presente en la Constitución de Estados Unidos, o puede significar justo la pérdida de la libertad. Hanna Arendt, además de resaltar las dificultades para la definición de Constitución, explica el fenómeno en los siguiente términos:

Evidentemente la palabra “constitución” es equívoca, porque significa tanto el acto constituyente como la ley o normas de gobierno que son “constituidas”, estén incorporadas en documentos escritos o, como en el caso de la constitución británica, estén contenidas en instituciones, costumbres y precedentes. Es completamente imposible llamar con el mismo nombre y esperar los mismos resultados de aquellas “constituciones” que un gobierno no revolucionario adopta a causa de que el pueblo y su revolución han sido incapaces de constituir su propio gobierno y aquellas otras constituciones que “procedían – según la expresión de Gladstone- del despliegue de la historia” de una nación o eran resultado del designio consciente de todo un pueblo para fundar un nuevo cuerpo político.<sup>6</sup>

Estos casos analizados son una pequeña muestra de la complejidad del concepto *constitución* y del fenómeno constitucional en las sociedades políticas. La complejidad se presenta cuando se estudia la esencia política-social del mismo. El entendimiento tradicional de la ciencia jurídica contempla solamente a la Constitución como un documento escrito que evidentemente es complejo en lo jurídico pero su complejidad se resuelve por el Derecho. Sin embargo, la conceptualización política o sociológica del concepto y fenómeno constitucional hace de ésta un objeto de estudio necesario desde otras ciencias sociales que en conjunto entrelacen lo jurídico, lo político, lo social y lo cultural en el estudio constitucional.

---

<sup>6</sup> Hannal Arendt, *Sobre la Revolución*, Madrid, Ediciones de la revista de Occidente, 1967,pag. 155.

## 1.2 Los orígenes políticos del concepto constitución.

El recorrido histórico por las ideas que han dado forma al concepto estudiado inicia en Grecia. Aristóteles dedica una parte de las ideas de *Política* para describir lo que entiende por *constitución*:

Hemos de examinar, en consecuencia, otras formas de gobierno distintas de la que podamos tener en mente, y entre ellas tanto aquellas que están en uso algunas ciudades reputadas por su buena legislación, como asimismo las que hayan podido proponer algunos pensadores y que parezcan tener algún mérito. De este modo se nos hará patente lo que en todo ello haya de recto y de útil; y no se pensará además que si buscamos otra forma distinta fuera de aquellas, lo hacemos por vanidad intelectual, sino que se vea que si entramos en esa investigación, es por no ser satisfactorias las **constituciones** actualmente vigentes<sup>7</sup>.

...

A quien indaga lo concerniente a la **constitución** de la ciudad, la naturaleza y el carácter de cada una, puede decirse que la primera cuestión que se le plantea en relación con la ciudad es la de ver qué es a punto fijo la ciudad. (...). Por otra parte vemos que toda actividad de lo político y del legislador tiene por objeto la ciudad, y que la **constitución** política es un ordenamiento para los habitantes de la ciudad<sup>8</sup>.

...

Pues del mismo modo, y no obstante lo desigual que pueda ser, obra de todos los ciudadanos es la salvaguarda de la comunidad; y como la comunidad es la **constitución**, necesariamente la virtud del ciudadano habrá de ser relativa a la **constitución**.<sup>9</sup>

...

Ahora bien, la **constitución** es el ordenamiento de la ciudad con respecto a sus diversas magistraturas y señaladamente a la suprema entre todas. Dondequiera, en efecto, el gobierno es el titular de la soberanía, y la constitución es, en suma, el gobierno. Quiero decir, por ejemplo, que en las democracias el soberano es el pueblo, y en las oligarquías, por el contrario, lo es la minoría, por lo cual decimos ser diferentes una y otra constitución.<sup>10</sup>

...

Los términos de **constitución** y gobierno tienen la misma significación, y puesto que el gobierno es el supremo poder de la ciudad, de necesidad estará en uno, en pocos o en los más.<sup>11</sup>

La *politeia*, palabra griega que se latinizó como *constitutio*, significa en los textos aristotélicos y en el derecho griego, la forma de gobierno de la ciudad. El Libro II de *Política* hace un estudio de las constituciones griegas rescatando las virtudes y vicios de las formas de gobierno de las diferentes *polis* griegas porque no son satisfactorias. Sin embargo se está en la búsqueda del ideal constitucional, es decir, de la forma ideal de gobierno.

---

<sup>7</sup> Aristóteles, *Política*, México, UNAM–BIBLIOTHECA SCRIPTORVM GRAECORVM ET ROMANORVM MEXICANA, 2000, 2da. ed, p. 27. (el resaltado es del que esto escribe)

<sup>8</sup> *Idem*, p. 66.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 76.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 78.

No solo la filosofía sino también la historia del Derecho no demuestra este significado de *constitución*. Las *constituciones* de Licurgo en Esparta y de Solón, Clístenes y Pericles en Atenas, estudiadas por el Derecho, contienen disposiciones que organizaron la forma de gobierno particular de cada una de estas *polis*.

En Roma, el uso que desde la filosofía se le da a la Constitución es el mismo establecido por el pensamiento griego. Cicerón, en su obra *La República* se refiere a las formas de gobierno de la ciudad como *constitución*.

Así, pues, todo pueblo, es decir, todo conjunto de muchos hombres agrupados de la forma que he expuesto, toda Ciudad, que es una **constitución** particular de un pueblo,...<sup>12</sup>

...

Porque lo mismo un rey justo y sabio que un grupo de ciudadanos selectos, o incluso el mismo pueblo, aun cuando esto sea lo menos aceptable, pueden **constituir** un gobierno de cierta estabilidad si no entran en elementos de injusticia y de codicia.<sup>13</sup>

...

Y al hablar así de estas formas de gobierno, no las entiendo confundidas y mezcladas, sino en su **constitución** propia.<sup>14</sup>

...

Mas ¿cómo pudo Esparta, en aquel tiempo en que se consideraba su **constitución** política la más excelente, lograr tener reyes buenos y justos siendo así que estaba obligada a aceptar como rey a cualquier persona con tal que fuera de estirpe regia?.<sup>15</sup>

El Derecho romano también reconoce la existencia de las *constituciones* como fuente del derecho a partir del Imperio, específicamente en el Derecho romano clásico (27 a. C.-235) y posclásico (235-527). Estos documentos fueron recopiladas en las *Novellae* del *Corpus Iuris Civile* del emperador Justiniano. Estas constituciones de los emperadores podían revestir diferentes formas jurídicas dependiendo de la naturaleza del asunto, pero todas se referían a cuestiones públicas y concernientes a la ciudad.

En la Edad Media, la historia del Derecho occidental es una historia de coexistencia de diferentes sistemas normativos en cada uno de los nacientes reinos y en los decadentes imperios<sup>16</sup>. Sin embargo, el concepto estudiado se utilizó para hacer referencia a cierto tipo de actos legislativos y ejecutivos.

---

<sup>12</sup> Cicerón, *La República*, Gernika, México, 1993, p.31

<sup>13</sup> *Idem*, pp. 31-32

<sup>14</sup> *Idem*, p. 32

<sup>15</sup> *Idem*, p. 36

<sup>16</sup> Cfr. Guillermo F. Margadant, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1991, p. 129 -136.

El concepto de Constitución en esta etapa se utiliza para referirse a los diversos pactos que se celebraron entre el rey y sus súbditos para regir a la comunidad; fue muy frecuente que los reyes entregaran *cartas* o *fueros* que conferirían diferentes privilegios a las comunidades.<sup>17</sup>

González Schmall recuerda que los primeros instrumentos que cumplían con esta función surgieron en España bajo las formas jurídicas mencionadas que fueron desarrollándose en los diferentes municipios:

En la España medieval, en virtud de los fueros se guardaban costumbres y privilegios, estableciéndose incluso el derecho de resistencia contra las prácticas tiránicas. 'España –señala Eugenio Trueba Olivares- se anticipa a cualquier otra nación en la protección de las libertades, contribuyendo a ello el gran desarrollo de la autonomía municipal'.

Las leyes de León de 1188 son consideradas como la primera Carta Magna de Occidente, muy anteriores a la que los barones ingleses arrancaron, espada en mano, a Juan Sin Tierra. Igualmente anterior al documento inglés son los fueros leones de 1020, los de Nájera de 1120, Toledo 1085, Burgos de 1073, Zaragoza de 1115 y otros muchos.<sup>18</sup>

A pesar de estos argumentos, y como la cita precedente menciona, la figura más representativa del concepto de *constitución* en la Edad Media es la *Carta Baronum*, o *Magna Carta*, de 1215 que concediera el Rey Juan:

*by the grace of God King of England, Lord of Ireland, Duke of Normandy and Aquitaine, and Count of Anjou, to his archbishops, bishops, abbots, earls, barons, justices, foresters, sheriffs, stewards, servants and to all his official and loyal subjects.*

(...)

*To all free men of our kingdom we have also granted, for us and our heirs for ever, all the liberties written out below, to have and to keep for them and their heirs, of us and our heirs...<sup>19</sup>.*

Esta carta constitucional incorpora, además de cuestiones testamentarias y formas de organización de la realeza, el compromiso del Rey de no imponer nuevos tributos sin haber consultado antes a los destinatarios de los mismos y el reconocimiento y protección de ciertas libertades de ciertos hombres.

A partir de la *Magna Carta* inglesa, la idea de constitución significará para aquellos que exigen su promulgación, la protección de las libertades y derechos fundamentales que se consagraban en un documento escrito pactado con el Soberano. No es ya la constitución sólo como una forma de gobierno, es un triunfo de la lucha por la libertad política y por limitar el abuso del poder político. La *Magna Carta* propiamente no será el triunfo de las libertades del

---

<sup>17</sup> Raúl González Schmall, *Programa de Derecho Constitucional*, UIA-LIMUSA, 2007, p.19.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> \_\_\_\_\_, *Magna Carta*, Great Britain, The British Library, pp. 23- 24.

pueblo inglés. En sentido estricto, es un pacto entre las clases dominantes: el Poder político, en este caso representado por el Rey, y el Poder económico, representado por los señores feudales. Sin embargo, es un referente simbólico importante en la significación del concepto moderno de constitución desarrollado a partir del siglo XVIII.

La importancia histórica de la *Magna Carta* inglesa como antecedente de los contenidos materiales del constitucionalismo, y de la filosofía política moderna es innegable. Un ejemplo famoso de estos contenidos y que representan un cambio de pensamiento respecto al fenómeno constitucional es el siguiente

*(39) No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land<sup>20</sup>.*

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece que:

Artículo 14.- ...  
Nadie podrá ser privado de su libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y de acuerdo a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.  
...<sup>21</sup>

Esta Carta obtenida por los señores feudales pronto cayó en desuso tras la creación de otras leyes y el fortalecimiento de la monarquía. Sin embargo, los contenidos permitirían la sustentación del constitucionalismo moderno a partir del “siglo XVII cuando el parlamento inglés la toma como base de un sistema constitucional liberal en lucha contra el absolutismo, al ser reinterpretada por Sir Edward Coke; y aquello que había sido una victoria del feudalismo se convirtió en un baluarte de la democracia”<sup>22</sup>.

En esa reinterpretación hecha por Coke y la teoría de los derechos individuales de John Locke, que generaron actos legislativos como la *Petition of Rights* (1628), el *Habeas Corpus Act* (1679) y el *Bill of Rights* (1689), se

---

<sup>20</sup> \_\_\_\_\_, *Magna Carta*, Great Britain, The British Library, (1977) 1999, pp. 28.

<sup>21</sup> CPEUM, art. 14. Los artículos constitucionales citados son de la CPEUM vigente (última reforma DOF 27-04-2010). Cuando se trate de un artículo de una constitución anterior se hará la especificación.

<sup>22</sup> *González Schmall, op cit p. 20*

sustentaron las nuevas ideas que con el paso de los años serían resumidas con el concepto *constitución*: la existencia de ciertos derechos ante los cuales inclusive la Corona tuviera que inclinarse, la subordinación de los actos del Rey al Derecho, la judicialización de la protección de los derechos, separación de poderes y sistemas representativos<sup>23</sup>.

Estas legislaciones son también aquellas que harán a los pensadores franceses voltear a ver a Inglaterra como ejemplo de Estado que “tiene como fin la libertad política” y que se convertirá en el modelo político moderno que provoca, aunado a las circunstancias históricas propias, la Independencia de Estados Unidos y la Revolución francesa, triunfos del liberalismo político y creadoras de un nuevo estado y nuevas formas de gobierno.

La Constitución de Estados Unidos de 1787, y la declaración francesa de 1789 reelaborarán la construcción del símbolo y definirán el concepto de constitución como una idea política que tiene vigencia en el Derecho constitucional moderno: el documento fundamental, solemne y formal que justifica y determina la diferenciación entre gobernantes y gobernados; establece y protege las libertades y derechos fundamentales; define la organización del Estado.

Rápidamente en el mundo occidental acogió la idea de un gobierno constitucional. El mundo filosófico del liberalismo encontró en la Constitución un instrumento para pasar del plano de las ideas a procesos políticos que realizaban las aspiraciones del gobierno racional. La Constitución es una aspiración política democrática real de los pueblos que transitaban de sociedades monárquicas absolutistas que reprimían las libertades y derechos de los individuos, a un Estado moderno garante de esas libertades humanas.

Las constituciones modernas van a dar origen al Derecho constitucional y a la Teoría constitucional. Ambas ramas de conocimiento son de naturaleza jurídica y política. Determinar con una línea precisa lo jurídico de lo político es, además de complejo y seguramente inexacto, contraproducente para efectos de este análisis. Sin embargo, como la Historia General del Derecho y la Historia de la Filosofía Política no son vías adecuadas para continuar con el análisis del concepto de *constitución* que se construye en la Modernidad

---

<sup>23</sup> Cfr. Guillermo F. Margadant, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1991, p. 181, 182, 238, 239, 240, 241.

Política, la investigación seguirá por los caminos marcados por la teoría constitucional. Sobre la teoría constitucional dice Carl Schmitt en el prólogo de la *Teoría de la Constitución*:

El presente trabajo no es ni un comentario, ni una serie de disertaciones monográficas, sino el intento de un sistema. En Alemania tiene hoy la Constitución de Wiemar destacadas comentarios y monografías, cuyo alto valor en la teoría y la práctica es reconocido, y no necesitan más elogio. Es necesario, empero, afanarse además por erigir también una Teoría de la Constitución y considerar el terreno de la *Teoría de la Constitución* como una rama especial de la teoría del Derecho Público.

(...)

Frente a los métodos de comentario y glosa, pero también frente a la dispersión en investigaciones monográficas, quiero dar aquí un marco sistemático. Con ello no se contestan todas las cuestiones del Derecho político, ni todas las cuestiones de la Teoría General del Estado. Pero podría significar un esclarecimiento desde ambos lados, en los principios generales como en algunas cuestiones particulares, para desarrollar, en caso de verdadero logro, una Teoría de la Constitución en el sentido que aquí se entiende<sup>24</sup>.

A continuación se presenta el análisis del concepto desde la teoría constitucional. Para dichos efectos se han seleccionado ideas de Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt y Hermann Heller. Estos autores permite identificar una tendencia político-social de la teoría constitucional. Esa tendencia construye argumentos sobre el fenómeno constitucional que permiten, además de conceptualizar la *constitución*, justificar y demostrar la esencia política del fenómeno.

### **1.3 La constitución como la suma de factores reales de poder. Ideas de Ferdinand Lassalle.**

Enrique Sánchez Bringas presenta a Ferdinand Lassalle como un pensador sólidamente preparado en filología, derecho y filosofía; de inclinación hegeliana, mantuvo relaciones amistosas con Carlos Marx y fundador de la social democracia<sup>25</sup>. Muere abatido en duelo a manos de un marido en busca del honor manchado. Sus ideas sobre la idea de constitución fueron desarrolladas en su célebre conferencia titulada *¿Qué es una Constitución?*<sup>26</sup>, dictada en abril de 1862, ante un auditorio de jóvenes universitarios y en un clima político difícil en Prusia surgido a raíz de los conflictos entre el Rey y

---

<sup>24</sup> Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, p. IXX, XX y XXI.

<sup>25</sup> Enrique Sánchez Bringas, *Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 1998, p-113

<sup>26</sup> Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una Constitución?*, Ed. Gernika, México, 2005.

distintas clases sociales descrito de manera general en el prólogo a la obra elaborado por Franz Mehring en 1901<sup>27</sup>.

En esta conferencia, Ferdinand Lassalle pretende “la claridad de pensamiento que sin arrancar de supuesto alguno preestablecido, va derivando de sí misma, paso a paso, todas sus consecuencias, imponiéndose con la fuerza coercitiva de la inteligencia a todo aquél que siga atentamente su desarrollo”<sup>28</sup>. La pregunta de investigación de la conferencia es ¿qué es una *constitución*? La respuesta debe buscar la esencia de lo constitucional, aquello que va más allá de lo jurídico y formal que proponen las definiciones de los juristas. La constitución que busca definir es aquella “fuente primaria de que se derivan todo *arte* y toda *sabiduría* constitucionales”<sup>29</sup>.

Lassalle propone un método comparativo y traza una comparación entre la ley y la Constitución. Entre ellas encontramos esencia genérica común pero una Constitución es algo más que una ley, en la mayoría de los casos se dirá es una ley *fundamental*. Sin embargo, eso no resuelve el problema sino que le da otro nombre, ¿qué es una ley y qué es una ley fundamental?. Entonces, dice Lassalle, es necesario determinar qué es lo *fundamental*.

Para ello será necesario:

1. Que la ley fundamental sea una ley que *ahonde* más que las leyes corrientes, como ya su propio predicado de “fundamental” indica.
2. Que constituya –pues de otro modo no debería llamarse fundamental- el verdadero *fundamento* de las otras leyes: es decir, que la ley fundamental si realmente pretende ser acreedora a ese nombre, deberá informar y engendrar las demás leyes ordinarias basadas en ella. La ley *fundamental*, para serlo, había, pues, de actuar e irradiar a través de las leyes ordinarias del país.
3. Pero las cosas que tienen un *fundamento* no son por antojo, pudiendo también ser otra manera, sino que son así porque *necesariamente* tienen que ser. El *fundamento* a que responden no les permite ser de otro modo. Sólo las *cosas carentes de fundamento*, que son las causales y fortuitas, pueden ser como son o de otro modo cualquiera. (...) La idea de un fundamento lleva, pues, implícita la noción de una *necesidad activa*, de una fuerza eficaz que hace, por *ley de necesidad*, que lo sobre ella se funda sea así y no de otro modo”.<sup>30</sup>

Una vez definido la idea de fundamental, Lassalle pregunta “¿es que existe en un país algo, alguna fuerza activa e informadora, que influya de tal modo en todas las leyes promulgadas en ese país, que las obligue a ser

---

<sup>27</sup> *Idem*, pp 7 -50.

<sup>28</sup> *Idem*, pp. 51- 52.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 55.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 58, 59, 60.

necesariamente, hasta cierto punto, lo que son y como son, sin permitirles ser de otro modo?”<sup>31</sup>. La respuesta, “*los factores reales de poder*, que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que *no puedan ser*, en sustancia, *más que tal y como son*”<sup>32</sup>.

La *constitución* no es el documento escrito sino lo que le da esencia, sentido y fuerza a lo que está en el papel. La esencia de la constitución está en esas fuerzas efectivas que hace que las leyes e instituciones jurídicas se cumplan. La necesidad es porque de acuerdo a esos factores reales de poder, las cosas no podrían ser de otra manera.

Lassalle establece como factores reales de poder una serie de actores e instituciones políticas para ilustrar sus ideas: la monarquía, la aristocracia, la gran burguesía, los banqueros, la pequeña burguesía y clase obrera. Cada uno de estos actores políticos son fuerzas efectivas que existen en la realidad y las relaciones entre estos poderes fácticos es la esencia de lo constitucional. La esencia de la constitución es una esencia político social. Cada una de las sociedades tiene su propia constitución, no porque tenga sus propios documentos escritos, sino porque en la sociedad existen factores reales de poder, determinados históricamente, y cuya importancia depende del poder político, social y económico que se detente en un momento determinado. Eso es la *constitución*.

Además de los factores reales de poder mencionados, Lassalle reconoce en la conciencia colectiva y la cultura general también como un factor real de poder:

Supongamos ahora que al Gobierno se le ocurriera promulgar una ley penal semejante a las que rigieron en algún tiempo en China, castigando en la persona de los padres los robos cometidos por los hijos. Esa ley no prevalecería, pues contra ella se rebelaría con demasiada fuerza la cultura colectiva y la conciencia social del país. Todos los funcionarios, burócratas y consejeros de Estado, se llevarían las manos a la cabeza, y hasta los honorables senadores tendrían algo que objetar contra el desatino. Y es que dentro de ciertos límites, señores, también la conciencia colectiva y la cultura general del país son un fragmento de Constitución<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> *Idem.*, p 60

<sup>32</sup> *Idem.*, p. 61.

<sup>33</sup> *Idem.*, pp. 69-70.

Este aspecto es importante porque resalta que además de un sentido formal o jurídico y otro real o político, existe un sentido cultural en la constitución. No sólo recoge la cultura general de un país entendida desde su historia, sus tradiciones, sus creencias, lenguaje y cosmovisión; sino también la conciencia colectiva, es decir, conciencia social y común sobre la idea de Estado, nación, gobierno, ciudadano, derechos, etc. Este fragmento de constitución que es la cultura general y la conciencia colectiva crean un significado simbólico-social de la *constitución* y es propio de cada Estado que abona en la complejidad pero que también proporciona elementos para un nuevos acercamientos a la ciencia constitucional. Por último, dice Lassalle,

“se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y partir de ese momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atenta contra ellos atenta contra la ley y es castigado”<sup>34</sup>.

De esta forma, se hace la constitución escrita, la *hoja de papel* que es la forma en que el Derecho reconoce y estudia. Sin embargo, ya Lassalle ha demostrado que la verdadera esencial constitucional, ese arte y sabiduría constitucionales derivan esa suma de factores reales de poder. En consecuencia, Lassalle no habla necesariamente de un equilibrio armónico y de justicia social. Hay factores reales de poder que prevalecen sobre otros, hay grupos dominantes. La ley escrita establecerá formalmente la dominación de una clase sobre otra, pero se guardará de decirlo explícitamente porque “no olviden ustedes, señores, dicho sea incidentalmente, la claridad de la expresión es grosería”<sup>35</sup>. Se establecerán fórmulas retóricas para imponer el poder político de una clase sobre a la que se le limitarán sus posibilidades de incidir en las decisiones políticas. Tampoco podrá rebelarse, el poder de la Nación (pueblo) es fuerte pero desorganizado. En cambio, el poder del Rey o del Estado, está organizado y tiene los fundamentos de una Constitución: los cañones<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> *Idem*, pp. 71-72.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 75.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 78.

## 1.4 Constitución como el conjunto de decisiones políticas fundamentales. Ideas de Carl Schmitt.

Carl Schmitt en su obra citada, *Teoría de la Constitución*, examina con el método explicado anteriormente –el acercamiento desde la teoría constitucional- el concepto *constitución*. En esta obra en la que se propone crear una teoría general, es necesario definir el concepto en todas sus posibilidades. De acuerdo con el autor, existen varios significados del concepto que explican diferentes usos y alcances de la Constitución. A continuación, se hace una síntesis de cada uno de esos significados siguiendo el orden propuesto por el autor.

### *Concepto absoluto de Constitución. (La Constitución como un todo unitario)*

“*Constitución en sentido absoluto* puede significar, por lo pronto, la concreta *manera de ser* resultante de cualquier unidad política existente”<sup>37</sup>.

Concebida de esta forma *constitución* puede tener varias significaciones:

I. Primera significación: Constitución = la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de cierto Estado. (...). Esta situación de conjunto de unidad política y la ordenación social se puede llamar Constitución”<sup>38</sup>. Entendida de esta forma, la constitución no debe entenderse a un sistema jurídico o normativo, “sino mas bien el Estado particular y concreto -Alemania, Francia, Inglaterra- en su concreta existencia política”<sup>39</sup>.

Una segunda significación, de la palabra Constitución es la siguiente: “Constitución = una manera especial de ordenación política y social”<sup>40</sup>. Constitución en este sentido implica una serie de relaciones de supra a subordinación. La Constitución del Estado siempre implica una forma especial del dominio que afecta a cada Estado y no puede separarse de él: Monarquía, Aristocracia o Democracia. *Constitución* equivale a forma de gobierno (“forma de formas”, *forma formorum*).

---

<sup>37</sup> Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 4.

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> *Idem.*

<sup>40</sup> *Idem.* p. 5

Resaltemos de estas dos definiciones anteriores el carácter estático de la Constitución. Es un status (unidad estática) de gobierno y de organización política. Bajo esta forma de entender la Constitución, ésta no varía, no es algo en constante movimiento, sino la organización definida en una forma de gobierno determinada, que puede ser una monarquía o una república, o cualquier otra conocida.

Carl Schmitt da una tercera significación, dentro del carácter absoluto del concepto:

Constitución = el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada *formación* y *erección* de esta *unidad* desde una *fuerza* y *energía* subyacente u operante en la base. Aquí se entiende el Estado, no como algo existente, en reposo estático, sino como algo en devenir, surgiendo siempre de nuevo. De los distintos intereses contrapuestos, opiniones y tendencias debe formarse diariamente la unidad política<sup>41</sup>.

Esta significación, aunque en sentido absoluto también, difiere de las anteriores. A diferencia de las anteriores que hacen referencia a un *status*, esta definición hace referencia a una dinámica político-constitucional. Esa unidad política, el Estado, no debe de entenderse como algo estático, sino como un devenir, por el enfrentamiento de posturas, opiniones, tendencias e ideologías que se van manifestando entre los miembros de dicha unidad política. Schmitt menciona que “el pensamiento de que la Constitución sea el principio fundamental operante de la unidad política ha encontrado una vigorosa expresión en el célebre discurso de F. Lassalle *Ueber Verfassungswesen*, 1862: ‘¿Si la Constitución, pues, forma la ley fundamental de un país, resultará ser... una *fuerza activa*’ ”<sup>42</sup>.

Dentro de los significados absolutos del concepto de Constitución ésta puede significar también: “una *regulación legal fundamental*, es decir, un *sistema de normas* supremas y últimas”<sup>43</sup>. Entendida de esta forma, “Constitución=norma de normas”. La ley fundamental sigue siendo una unidad cerrada, absoluta, pero es una ley fundamental que es un deber ser, una “ley de leyes”.

---

<sup>41</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 8.

La *constitución* es entonces un deber ser, que nada tiene que ver con la organización política, ni con un devenir dinámico. Sin embargo, este mismo significado denota una importancia fundamental para entender la magnitud del concepto. No es cualquier norma, son las normas fundamentales y últimas, de la que parte todo un sistema normativo que regirá a un Estado, no puede existir ley por encima de la *constitución*. Todas las demás leyes deben de estar sujetas a esta “ley de leyes”, deben de guardar una relación de subordinación con la ley fundamental. Este significado implica una unidad y totalidad identificada con el Estado, no como la unidad antes mencionada, sino que ahora el Estado significa el “deber ser” normativo. De este significado, se obtiene que la supremacía es esencial de la Constitución.

*Concepto relativo de Constitución. La Constitución como una pluralidad de leyes particulares.*

En sentido relativo, *constitución* “significa, pues, la ley constitucional en particular”<sup>44</sup>. Schmitt considera que el concepto es susceptible de relativizarse cuando “en lugar de fijarse el concepto unitario de Constitución como un todo, se fija sólo el de *ley constitucional concreta*, pero el *concepto de ley constitucional* se fija según *características* externas y accesorias llamadas *formales*”<sup>45</sup>. Se relativiza el concepto porque las *leyes constitucionales* son todas *constitución*. En el sentido absoluto, toda la Constitución es una unidad. Se relativiza el concepto cuando se utiliza para referirse a leyes constitucionales concretas, es decir, disposiciones constitucionales específicas.

El problema de esta concepción de *constitución* es que puede llevar a confusiones porque el calificativo de *constitucional*, no se da por características internas de la ley, sino por la formalidad y esa formalidad consiste en que sea una ley escrita y que su reforma sea más difícil que una reforma legislativa ordinaria (*constitución rígida*).

*Concepto positivo de Constitución. La Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política.*

---

<sup>44</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>45</sup> *Idem*.

Para entender este sentido, Schmitt va desarrollar y distinguir dos categorías necesarias *Constitución* y *ley constitucional*. Dice Schmitt, “La *constitución*, en sentido positivo, surge mediante un acto del Poder Constituyente. El acto no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto *constituye* la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. (...) Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*”<sup>46</sup>.

De esta forma se entiende la diferencia entre constitución y leyes constitucionales. Éstas últimas valen a base de la *Constitución*<sup>47</sup>, esto quiere decir que la validez de cualquier ley, incluso de la ley constitucional depende en último término una decisión política previa adoptada por un poder u autoridad existente.

La Constitución reside en una decisión política del titular del poder constituyente, sea el Pueblo en una Democracia, sea el Monarca en la Monarquía.

Aquí hay que distinguir claramente entre la Constitución como decisión y las diferentes leyes constitucionales que contiene la Constitución pero que no podemos considerar como una decisión política fundamental y que su carácter es operativo o de reconocimiento que permiten a la Constitución funcionar. Esta distinción es importante por lo que se refiere a la posibilidad de reformar la Constitución. Las leyes constitucionales operativas pueden ser reformadas por el órgano que la misma Constitución haya establecido, pero la Constitución como decisión no puede ser reformada sino por una Asamblea constituyente originaria, que es la que da u otorga la forma de organización de la unidad política existente. Por esta razón, Schmitt, considera a la Constitución como algo intangible, ya que mientras las leyes constitucionales pueden ser suspendidas en el Estado de excepción, éste no podrá afectar a la decisión política fundamental ni a la sustancia de la Constitución.

El hecho de que las leyes constitucionales puedan ser reformadas, no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la

---

<sup>46</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>47</sup> *Idem*, p. 25.

sustancia de la Constitución puedan ser suprimidas o sustituidas por otras cualesquiera el Parlamento<sup>48</sup>. Entendida de esta forma, la Constitución no es el conjunto de normas jurídicas de un Estado, sino los principios políticos fundamentales que determinan su organización. Este es el punto medular de la teoría de Carl Schmitt: la Constitución como conjunto de decisiones políticas fundamentales. las decisiones políticas fundamentales de la unidad política estarán dadas por el órgano constitucional que toma la decisión de adoptar ciertos principios de organización política como rectores permanentes durante un régimen constitucional.

*Concepto ideal de constitución. “Constitución” llamada así en un sentido distintivo y a causa de cierto contenido.*

El último significado que le da Schmitt al concepto *constitución* es el siguiente. “Con frecuencia se designa como “verdadera” o “auténtica” Constitución, por razones políticas, la que responde a cierto ideal”<sup>49</sup>. Schmitt utiliza el sentido ideal de *constitución* para referirse a la que reconoce un sistema de garantías de libertad burguesa; que establece la *distinción* de poderes; que la constitución debe ser escrita; es decir, “El concepto ideal todavía hoy dominante de Constitución es el ideal de Constitución del Estado Burgués de Derecho”<sup>50</sup>.

Las características de ese Estado burgués de Derecho son un sistema de garantías de libertad burguesa, la división de poderes y la garantía de una constitución escrita.

### **1.5 Hermann Heller. La constitución de Estado. Tres significados respecto a la Constitución.**

Para concluir este capítulo nos referiremos a la obra de Herman Heller *Teoría del Estado* publicada por primera vez en 1934. De esta obra nos enfocamos específicamente en la tercera parte en la que se aborda la esencia y estructura del Estado y en la que encontramos un capítulo dedicado al estudio de la Constitución.

---

<sup>48</sup> *Idem*, p. 30.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 46

Hermann Heller considera que la Constitución de estado debe de entenderse con varios significados. Existe por un lado una constitución real y política: “La constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto ésta significa la constitución producida mediante la actividad humana consciente y sólo ella”<sup>51</sup>.

Para fundamentar esta concepción inicia su argumentación con Ferdinand Lassalle y la idea de la constitución como la suma de los factores reales de poder. Heller ahonda en el sentido de cómo las relaciones entre estos son las que dan lugar a la unidad estatal: “Pero esas relaciones de poder se hallan en constante movimiento y cambiarán a cada momento no obstante lo cual no dan lugar a un caos sino que engendran, como organización y constitución, la unidad y ordenación del Estado”<sup>52</sup>.

Esta configuración de la organización se espera que prevalezca en el futuro y es lo que produce la renovación de la unidad y de la ordenación de la organización. La idea de Estado y de Constitución real que prevalece en esta visión es dinámica. Las relaciones que se presentan dentro de ella se renuevan en cada momento sin que la unidad de esa organización se destruya, sino lo contrario, se van reforzando y estableciendo lazos de identidad con la comunidad. Eso es la “constitución en el sentido de la ciencia de la realidad”.<sup>53</sup>

Después de presentar esos argumentos respecto a la existencia de una constitución real y política, Heller argumenta que esa definición corresponde a una parte de ella pero no puede ser toda, insiste en que la constitución total debe de tener también una naturaleza jurídica. Por jurídico, se entenderá un proceso de formalización de esa constitución, un proceso de juridificación de la constitución política que se irá aproximando a una idea de Constitución más amplia.

Para construir un significado más amplio y con ello dar una idea aproximada de las diferentes formas de Constitución, Hermann Heller desarrolla y distingue cinco tipos constitucionales: dos sociológicos, dos jurídicos y uno formal.

---

<sup>51</sup> Hermann Heller, *Teoría del Estado*, FCE, México, (1942) 2002, pag. 316

<sup>52</sup> *Idem*, pag. 317

<sup>53</sup> *Idem*,.

En primer lugar, hace una delimitación metodológica respecto del concepto. Una delimitación que considera necesaria ante la ambigüedad del término. Para Herman Heller “el concepto de *constitución* de contenido más amplio se refiere a la estructura característica del Poder, la forma concreta y actividad del estado”<sup>54</sup>. No se puede ampliar más este concepto porque lo hace científicamente inservible. Hermann Heller hace delimitación porque *constitución* puede significar también cualquier agrupación de elementos que unidos constituyan un todo, incluso como un organismo multicelular (la *constitución biológica* de un ser vivo. Si se utiliza de una manera tan amplia el concepto éste se vuelve inútil.

En segundo lugar, y

“mucho más fecundo, por más restringido, es ya el segundo concepto científico-real de Constitución que se obtiene al señalar, desde un determinado punto de vista- histórico político, una estructura básica del Estado como fundamental, en la totalidad estatal, y al destacarla como estructura relativamente permanente de la unidad estatal”<sup>55</sup>.

Este significado se refiere a una manifestación específica del Estado y de constitución definida históricamente con ciertos contenidos mínimos permanentes en la unidad estatal. Una Constitución que se mantiene históricamente en la unidad estatal como instituciones políticas constantes en el tiempo. Ese significado sociológico, no se refiere a contenidos particulares de una Constitución, sino que distingue que en una unidad estatal, una constitución política-social es una estructura constante, permanente a lo largo de los años en la unidad estatal y que son e fundamento de la misma.

A continuación Hermann Heller desarrolla los significados jurídicos de la palabra constitución. El primero de ellos se refiere a la totalidad de leyes que hay dentro de un estado y que tienen su fundamento en una ley que se considera la base sobre la que deben de construirse las demás leyes. Según Heller:

“a estos dos conceptos sociológicos de la Constitución corresponden otros dos conceptos del orden de la ciencia del sentido, es decir, jurídicos. El concepto jurídico más amplio abarcaría la situación jurídica total del Estado, o, por lo menos, todas las normas jurídicas contenidas en el texto constitucional junto con todos los demás preceptos jurídicos de la ordenación estatal conformes con la Constitución”<sup>56</sup>.

Se trata de un concepto que se refiere a constitución como la totalidad de las normas jurídicas del Estado y que tiene su base en la ley fundamental.

En cuarto lugar, y dentro de los significados jurídicos, Heller desarrolla un concepto más restringido de *constitución*: “Más usual es el concepto de la constitución material en sentido estricto que extrae de la ordenación jurídica

---

<sup>54</sup> *Idem*, pag. 347

<sup>55</sup> *Idem*, pag. 347- 348.

<sup>56</sup> *Idem*, pag. 348.

total del Estado un contenido parcial valorado como ordenación fundamental, y no solo como 'norma fundamental' hipotética y lógica"<sup>57</sup> Este sentido de constitución que desarrolla Hermann Heller asemeja a la forma en la que Schmitt distingue *constitución* de *ley constitucional*, en la que ésta última se refiere a ciertos contenidos constitucionales, contenidos parciales que se manifiestan en casos particulares por medio de los cuáles la norma fundamental se transforma en un contenido específico.

Por último, Hermann Heller menciona un quinto significado del concepto estudiado y que le llama *formal*. Este concepto es el más cercano a la conceptualización más común del término y del concepto constitución. Es la ley formal escrita decida por un legislador con la facultad de hacerlo. La *constitución formal* es necesaria porque no existe una posibilidad real de hacer valer una constitución material. Esta constitución es, en última medida decisión del legislador. Heller reconocer la existencia de ciertos principios generales bajos los cuales se construyen los textos constitucionales en su mayoría, pero al fina serán decisiones políticas, tradiciones y la conciencia jurídica de la unidad estatal en particular.

“el concepto de Constitución formal –en nuestra exposición el quinto concepto de Constitución- significa la totalidad de los preceptos jurídicos fijados por escrito en el texto constitucional. Qué preceptos jurídicos deben estimarse como bastante importantes para ser incluidos en el texto constitucional y, en su caso, gozar de garantía de permanencia, es cosa sobre la que decide únicamente el legislador de la Constitución. (...) El concepto de Constitución formal es científicamente necesario porque nunca puede darse una coincidencia perfecta entre la Constitución material y la formal. Los textos constitucionales tienen, ciertamente, contenidos típicos pero no existen principios teóricos que determinen lo que hay que reservar a la ley constitucional. Sobre lo que ha de regular el texto constitucional deciden \_como en general sobre lo que debe quedar reservado a la ley- la tradición, la conveniencia política, la situación de poder y la conciencia jurídica”.<sup>58</sup>

Una buena parte de la teoría de Herman Heller se dirige a enfrentarse teóricamente con Carl Schmitt. Heller critica de Schmitt que le da una mayor importancia o única a la decisión política y no a la parte normativa. Para efectos de este trabajo de investigación no es necesario señalar cuáles son los argumentos de cada uno porque en esencia el argumento que queremos demostrar se comparte con los dos autores: la constitución es un fenómeno

---

<sup>57</sup> *Idem.*

<sup>58</sup> *Idem*, pag. 349

político. De acuerdo con Heller, ésta es solo una parte que requiere una parte normativa y juridificada para ser considerada una Constitución total. Pero es también un fenómeno político, que es el punto sobre el que hemos venido argumentando.

Una vez analizadas las ideas de estos autores se puede concluir válidamente que en la teoría constitucional y en la teoría del Estado bajo el concepto de Constitución que se refiere al documento formal, jurídica, escrito y que se define como ley fundamental subyace un concepto de *constitución* que se refiere a una realidad política.

Hablar de *realidad política* o de *fenómeno político* no se refiere a la política electoral o política de partidos. Decir que la constitución es un fenómeno político tiene que ver también con una concepción de lo político como aquello que se refiere a las decisiones que transforman el espacio público, que establecen principios del bien común, que se discuten abiertamente y que decide sobre el ejercicio del poder. Esa es la forma en la que para efectos de este trabajo se entiende lo político.

En el siguiente capítulo analizaremos la teoría constitucional contemporánea en la que demostraremos que en la nueva corriente de estudios constitucionales el carácter político de la Constitución se hace más evidente y se presenta de una manera más clara.

## Capítulo II. La teoría constitucional contemporánea.

En el capítulo anterior se revisaron algunos ejemplos significativos de la teoría constitucional *clásica*, hecha ante las primeras manifestaciones del Estado moderno en el siglo XIX e inicios del siglo XX, y la forma en que ésta definió el concepto de *constitución*. La conclusión del capítulo anterior sostenía que la mayor parte de las definiciones de *constitución* reconocen en ella una naturaleza política. La *constitución* de acuerdo con los teóricos analizados tiene una naturaleza política antes que jurídica.

El marco teórico utilizado en el capítulo anterior no puede ser utilizado para explicar adecuadamente el fenómeno constitucional en tiempos actuales y mucho menos de las transformaciones políticas que el concepto de *constitución* ha tenido. La teoría explicada en el capítulo anterior que fue la base del pensamiento constitucional y sobre la que se crearon los Estados nacionales del siglo XX sirve más como referencia histórica de un estadio anterior de la teoría constitucional contemporánea y de la Teoría del Estado que como explicaciones del fenómeno constitucional en tiempos actuales.

Este capítulo analizará las tendencias actuales del constitucionalismo para analizar la modificación del concepto de *constitución* y la modificación del modelo de Estado. Es un referente común, como veremos a continuación, en los teóricos de la Constitución contemporáneos hablar de una transformación en el modelo de Estado de derecho, entendido éste en su manifestación específica propuesta por el positivismo jurídico formalista.

Existen varias razones que obligaron a la transformación del modelo de Estado. Este trabajo no puede detenerse a analizar a profundidad esas causas porque no es parte de su objeto de investigación. Sin embargo, se pueden mencionar algunas de ellas con carácter ilustrativo sobre todo porque esas razones son las mismas que han llevado al planteamiento de un nuevo modelo constitucional. En varios de los autores que se analizarán en el presente capítulo se refieren a la crisis del modelo positivista nacida de las transformaciones político-jurídicas y económicas de la segunda mitad del siglo XX y justamente por la insuficiencia del modelo positivista para brindar las respuestas jurídicas y políticas necesarias a las problemáticas complejas derivadas de dichas transformaciones.

Las razones de la crisis del modelo positivista y que han motivado las propuestas teóricas de transformación del modelo de estado pueden dividirse en dos: las razones jurídico-políticas y las razones económicas-políticas.

Las razones jurídico-políticas se pueden englobar en una generalizada crisis de la soberanía que inicia con el nacimiento de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 1945 y el nacimiento del nuevo derecho internacional a partir de la Carta fundacional de la organización. De acuerdo con Luigi Ferrajoli<sup>59</sup>, el paradigma de soberanía externa vive un momento de máximo esplendor y fracaso en la primera mitad del siglo XX. Ese final de la soberanía externa queda sancionado con la *Carta de Naciones Unidas* de 1945 y por la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948.

A partir de estos documentos la soberanía externa del Estado deja de ser una libertad absoluta y se vuelve inconsistente al subordinarse a dos principios jurídicos que son la base de esos documentos: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos. Efectivamente, los primeros dos artículos de la Carta mencionada prohíben el *ius ad bellum* que había sido considerado tradicionalmente como el principal atributo de la soberanía. En el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los subsiguientes Pactos internacionales<sup>60</sup>, la protección de estos derechos no solo son obligaciones constitucionales de los Estado nacionales frente a sus nacionales, sino obligaciones supraestatales oponibles ante los Estados por cualquier persona.

En otras palabras, el derecho internacional a partir de 1945 se convierte en un ordenamiento jurídico supraestatal con un carácter vinculante y con ánimos universalistas hacia todo el mundo como ordenamiento jurídico mundial. En este nuevo orden jurídico aparecen como sujetos de derecho las personas, los Estados y los pueblos, a grado tal de que un Estado puede ser llevado a juicio por el recurso de una persona ante un Tribunal internacional. La soberanía externa e interna como Poder del estado ha sido limitada por el derecho, “ella misma es la negación del Derecho, al igual que el Derecho es su negación”.

---

<sup>59</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Trotta, pag. 144

<sup>60</sup> El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

Por otro lado, la globalización económica acelerada desde inicios de la década de los noventa e impulsada por las grandes potencias mundiales u organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial, ha debilitado a los Estados nacionales sometiéndolos a una serie de reglas económicas específicas, desplazando el poder de decisión de la esfera de lo nacional y popular a una esfera global y no determinada claramente. Para Zygmunt Bauman: “la idea expresa el carácter indeterminado, ingobernable y autopropulsado de los asuntos mundiales; la ausencia de un centro, una oficina de control, un directorio, una gerencia general”<sup>61</sup>. Una amplia serie de escritos realizados a finales de la misma década describieron este proceso económico y los impactos en el Estado-Nación que fueron minando sus facultades de decisión política para establecer restricciones frente a la económica de mercado. La integración económica a partir de tratados de libre comercio entre Estados y la velocidad a la que se mueve por medio de la tecnología el flujo de capitales impiden que el Estado mismo pueda regularlo, máxime del gran poder adquirido por las empresas transnacionales como actores globalizadores. En esta globalización:

El más afectado por el cambio fue el papel del Estado. Las tres patas del “trípode de soberanía” han sufrido roturas irreparables. La autosuficiencia militar, económica y cultural, incluso la sustentabilidad del Estado –de cualquiera de ellos– dejó de ser una perspectiva viable. A fin de conservar su poder de policía para imponer la ley y el orden, los Estados tuvieron que buscar alianzas y ceder porciones crecientes de soberanía. Y cuando por fin se desgarró el telón, apareció un escenario desconocido, poblado de personajes extravagantes.

(...)

Paradójicamente, fue la muerte de la soberanía estatal, lo que dio tan tremenda popularidad a la idea de ser Estado.<sup>62</sup>

Esto fenómenos cuestionan directamente la soberanía estatal, externa y sobre la cual que se construyó el modelo de Estado de Derecho del siglo XIX y principios del siglo XX, que en el siglo XXI ha demostrado ser insuficiente para responder las demandas de justicia en las sociedades democráticas y de ahí la necesidad de modificar el modelo de Estado.

---

<sup>61</sup> Zygmunt, Bauman, *La Globalización. Consecuencias humanas*. FCE, México, (1997), pag. 80.

<sup>62</sup> *Idem*, 86-87

Actualmente, ya no solo como una propuesta teórica, sino como un modelo de Estado que se empieza a materializar, se habla del *Estado constitucional* en la que la Constitución, los derechos humanos y su defensa adquieren un papel protagónico sobre la ley que fue el fundamento del Estado de Derecho. Con este cambio de modelo, la *Constitución* no pierde su esencia política, al contrario, adquiere una mayor importancia política y, en consecuencia, se hace evidente la importancia política y presencia pública de los encargados de su defensa. El Poder judicial aparece en la escena política con un papel protagónico.

En este capítulo expondremos algunas ideas sobre el Estado constitucional, la importancia política de la *constitución* en este modelo de Estado y sobre el papel de los jueces a partir de cuatro autores contemporáneos. Esta exposición tiene como objetivo explicar dicha transformación del modelo de estado y sostener que aunque el modelo y la conceptualización de la *constitución* se ha modificado esta mantiene y incluso refuerza su naturaleza política.

Aunque con ciertas diferencias encontramos los siguientes elementos comunes en los siguientes autores:

- Coinciden en el agotamiento del modelo de Estado de derecho con centralidad en la ley.
- Hablan de la transformación a un modelo de Estado basado en la protección de la Constitución.
- El Estado constitucional entiende la democracia ya no solo en su aspecto representativo sino de forma amplia.
- El contenido sustancial de la Constitución y de la democracia se determina por la dignidad humana, los derechos humanos y la integración de todos los grupos en una sociedad plural.

## **2.1 Peter Häberle y el Estado Constitucional**

Para este autor alemán, la teoría de la Constitución puede ubicarse entre lo que llamaríamos las ciencias de lo cultural porque por medio del estudio de la constitución en particular de un Estado, se conocerán los valores de esa sociedad a la que rige dicha constitución. Pero a la vez, la *teoría de la*

*constitución* es un estudio de un producto cultural en particular que son las constituciones de tipo democrático.

La teoría de la Constitución tiene por objeto el tipo de Constituciones democráticas, tal como se han implantado en el mundo libre, y no sólo en el occidental (...). Este tipo se compone de elementos ideales y reales – referidos al Estado y la sociedad- los cuales no se han alcanzado al mismo en prácticamente ningún Estado.

Este es un primer acercamiento a la definición de constitución en la teoría constitucional contemporánea similar a la definición dada por Carl Schmitt cuando se refiere justamente al concepto ideal de *constitución*. En la teoría de Häberle debe entenderse por *constitución* es una serie de elementos políticos ideales y reales:

Tales elementos son: la dignidad humana, como premisa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas, y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de la soberanía popular, pero no entendida como la competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; el principio de la división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al Estado, como en el sentido amplio del pluralismo; los principios del Estado de Derecho y del Estado social, lo mismo que el principio de Estado de cultura abierto; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, etc.<sup>63</sup>

En la línea de argumentación de Häberle esta descripción esquemática de los elementos pone en claro que los elementos centrales del Estado constitucional son un anhelo cultural de Occidente moderno. Estos elementos son el resultado de procesos culturales, “del mismo modo como se transmite y es apropiado renovadamente el ‘patrimonio cultural’ de los textos clásicos”. Además la conjunción de estos elementos es algo inacabado: una vez alcanzados, no solamente ya no se deben de perder sino que incluso deben de irse incrementando sustancialmente<sup>64</sup>.

El autor concluye que la *constitución* no es solo un ordenamiento jurídico para los juristas. Para el ciudadano, la *constitución* no es sólo un texto jurídico o un *mecanismo normativo*, sino también expresión de un “estadio de

---

<sup>63</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, IJ-UNAM, 2001.

<sup>64</sup> *Ibidem.*, p. 2

desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.”<sup>65</sup>

Al inicio de este trabajo de tesis citamos tres manifestaciones del fenómeno constitucional que sirven para explicar esta argumentación de Häberle. En el capítulo I argumenté que esas manifestaciones (una literaria de Joaquín Fernández de Lizardi; una histórica *la constitucionalización de Europa*, y una discursiva reflejada en el uso político del argumento constitucional por parte de los actores políticos) reflejaban la importancia que tiene la *constitución* en los diferentes ámbitos (social, cultural, político). Estas mismas manifestaciones pueden servir para mostrar la idea del autor: la constitución como una representación cultural del pueblo, de sus aspiraciones e ideales. La sátira de Lizardi y el uso discursivo por parte de los actores políticos de *lo constitucional* pueden construirse porque la *constitución* es un producto, una creación cultural del pueblo en donde se construye a sí mismo.

El Estado constitucional tiene ciertas manifestaciones particulares. Me centraré solo en algunas que considero importante en la línea de argumentación de este trabajo. La primera de las manifestaciones particulares del Estado constitucional es que este modelo parte de una premisa antropológica-cultural que es la dignidad humana. El mismo autor reconoce que la idea de *dignidad* es de definición complicada por lo que opta por relacionar ésta con la soberanía.

De acuerdo con Häberle “el fundamento del Estado constitucional es doble: la soberanía del pueblo y la dignidad humana”<sup>66</sup>. Esto quiere decir que la idea de soberanía en este estado constitucional también se modifica. La soberanía se construye ya no a partir de la centralización del poder sino a partir de la construcción de un catálogo de derechos humanos (mínimos de la dignidad humana occidental) y que son oponibles por cualquier persona ante cualquier Estado.<sup>67</sup>

Después de explicar la premisa antropológica-cultural del Estado constitucional, Häberle elabora una teoría acerca de la vinculación con la

---

<sup>65</sup> *Idem*, p. 5.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 172.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 174.

democracia. De acuerdo con el autor, la democracia es una consecuencia organizativa de la dignidad humana. “Sin embargo, no resulta evidente esa vinculación *interna* entre democracia y dignidad humana, ni entre aquélla y los derechos humanos que derivan de ésta”<sup>68</sup>.

De acuerdo con el autor la democracia se considera como quintaesencia de un “buen” ordenamiento estatal pero una definición de ésta para una mejor comprensión requiere caracterizarla más específicamente: como democracia “con división de poderes”, “vinculada a valores”, “en libertad”, “pluralista”. Es decir, ya no estamos ante una idea de democracia formal exclusivamente sino una democracia que requiere constantemente de reformas, por ejemplo, para la

protección de minorías mediante el fortalecimiento de los derechos de la oposición en la democracia parlamentaria, a través del impedimento de que un poder económico muy grande se transforme en poder político o mediante la limitación del financiamiento público de los partidos, así como a través del desarrollo de competencias de control de la jurisdicción<sup>69</sup>.

Otra de las manifestaciones particulares del Estado constitucional de acuerdo con Häberle es la transformación del Poder Judicial. Una de las características más importantes de este modelo de Estado es que “ha despedido la idea de Montesquieu de que el juez es solamente la *buche de la loi*”. En el estado constitucional, el juez no solo aplica la ley sino que la interpreta y a partir de su interpretaciones crean contenidos constitucionales. En este sentido, la presencia del Poder Judicial en el estado constitucional, no es solo la defensa del derecho; sino también la creación del Derecho a partir de las decisiones judiciales<sup>70</sup>. Esto implica que la creación jurídica ya no es solo del legislador, sino que el monopolio de producción de normas jurídicas tradicionalmente detentado por el Poder legislativo ya que los jueces pueden ahora a partir de sus decisiones definir los contenidos de esas leyes por medio de su interpretación.

Para cerrar con las ideas de Peter Häberle rescataremos otras de las manifestaciones particulares del Estado constitucional y cuya causas no pueden ser otras más que la esencia política de la Constitución. La *constitución*

---

<sup>68</sup> *Idem*, p. 193

<sup>69</sup> *Idem*, p. 194.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 223

como un producto o *conquista* cultural es el reflejo del pueblo, de un pueblo o sociedad plural. Por esa razón, la defensa de la constitución es de la ciudadanía en su totalidad, la sociedad se convierte en “guardián” de la Constitución. Ya no es el privilegio exclusivo que las antiguas teorías constitucionales dieran a un solo órgano estatal:

...todos los ciudadanos y grupos, que por ejemplo interponen recursos constitucionales, todos los órganos estatales, que están sujetos a la Constitución, tiene que ‘defender’ a la Constitución en el marco de sus competencias, y no solo eso sino también continuar desarrollándola. Al respecto hay también una multiplicidad de competencias y procedimientos formalizados, de instituciones e instrumentos que sirven de protección a la Constitución (...) Visto comparativamente, el ‘arsenal’ de medidas para la defensa de la Constitución en el espacio y el tiempo, es sumamente rico.<sup>71</sup>

Esto no se puede explicar de otras forma más que como un fenómeno político regulado por el Derecho. Se trata de una serie de acciones políticas de defensa constitucional. El argumento va más allá: no se trata solo de defenderla sino de seguir desarrollándola, es decir, la *constitución* como algo inacabado que la misma sociedad y los mismos agentes estatales por medio de su defensa judicial y por otras vías va desarrollando cotidianamente. Si la creación de la *constitución*, como argumentamos en el capítulo anterior, es política, su enriquecimiento, reforma e interpretación también lo es. Estos procesos de defensa y desarrollo constitucional, aunque sean desahogados por vías jurídicas tienen una característica política. Algunos de los procesos de defensa constitucional de los que no habla Häberle y que están presentes en el ideal de constitución occidental son:

- La protección del contenido esencial o el núcleo de los derechos fundamentales en una garantía expresa. (Como el juicio de amparo)
- La prohibición de rupturas o quebrantamientos constitucionales.
- La limitación de las reformas constitucionales.
- Las limitaciones al proceso constituyente.
- Las garantías del orden fundamental de la democracia.
- La finalidad del estado de “excepción” o la llamada “emergencia de estado”.

---

<sup>71</sup> *Idem*, p. 287

## 2.2 Gustavo Zagrebelsky y la ductilidad constitucional.

El siguiente autor que se estudiará es el italiano Gustavo Zagrebelsky a partir de las ideas que expone en su obra “El Derecho Dúctil” en la que propone un modelo para entender el derecho y su función en la transformación del Estado de Derecho en el Estado constitucional.

El autor argumenta la existencia de ciertos cambios en el modelo de Estado de Derecho. Estos cambios son consecuencia de la reflexión científica que se ha hecho del Derecho Público en los últimos años en la que se puede constatar

que los términos y los conceptos empleados son básicamente los mismos de otro tiempo, que han sido heredados de la tradición. Ahora bien ya no producen significados unívocos y estables. Al haberse erosionado progresivamente el principio unitario de organización política, representado por la soberanía y por el orden de que ella derivaba, los significados resultantes pueden variar en función de las constelaciones que se van formando entre los elementos que componen el derecho público<sup>72</sup>.

Es decir, los conceptos utilizados en el derecho público en tiempos actuales, son los mismos que la teoría constitucional de tiempos anteriores pero en tiempos actuales han adquirido significados que no son unívocos. El Estado como organización política y la soberanía junto con el orden que de ella se derivaba, considerado como derecho público, ha perdido una posición central desde la que fue conceptualizada. Por lo tanto, y esto es la consecuencia capital,

al faltar un punto unificador tomado como axioma, la ciencia del derecho público puede formular, proponer y perfeccionar sus propias categorías, pero éstas no pueden encerrar y reflejar en sí un significado concreto definible *a priori*, como sucedía cuando la orientación venía dada desde la soberanía del Estado. Hoy en día el significado debe ser construido<sup>73</sup>.

Bajo esa premisa Zagrebelsky analiza los significados de *constitución* en las sociedades democráticas y pluralistas. Los significados actuales de ésta no se refieren exclusivamente a la tarea de establecer “un proyecto determinado de vida común” sino también a los mecanismos para que las condiciones del mismo se realicen. Es decir, la *constitución* no se entiende como un

---

<sup>72</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil, Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid. (1995) 2007. Pag 12-13.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 13.

“documento político” fundacional sino como un instrumento de aplicación práctica en las relaciones políticas dentro del Estado.

La *constitución* se convierte de esa forma en una “plataforma de partida” para que los sectores sociales le puedan imprimir al Estado una orientación particular dentro de las posibilidades que ofrece el “compromiso constitucional”. Es una plataforma de partida porque establece los derechos fundamentales (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales) pero además una serie de mecanismos que se pueden ejercitar frente a instituciones públicas del Estado constitucional (el Poder Judicial) para hacer valer estos derechos. No solamente las personas pueden hacer esto, los grupos sociales, por medio del uso de esos recursos y garantías pueden imprimirle al Estado una orientación social dentro de lo que esté establecido en la *constitución* o en otros instrumentos que establezcan derechos humanos como los tratados internacionales.

Esto es la asunción del pluralismo en las constituciones democráticas. En ese sentido la *constitución democrática* no es una constitución rígida preestablecida mediante reglas que garanticen la decisión de la mayoría y su representación política. La democracia en el *Estado constitucional* es una democracia plural que permite la integración de los grupos sociales mediante el establecimiento de constituciones abiertas, es decir, que son inacabadas y que se terminan de construir y reconstruir por medio de la interpretación de aquellos que tenga la facultad que no pueden ser otros más que los jueces y magistrados. Son constituciones “abiertas” aquellas “constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática”<sup>74</sup>.

Esa sociedad plural y de un constitucionalismo democrático exige que ninguno de los valores constitucionales sea considerado de carácter absoluto. Solo así la *constitución* podrá conservar su carácter unificador e integrador.

Dice Zagrebelsky:

Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancia) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Éstas son, al final las supremas exigencias

---

<sup>74</sup> *Idem*, p. 14.

constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia y únicamente en él las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas”.<sup>75</sup>

Una constitución plural deriva en la *constitución* de un derecho dúctil (dúctil en el sentido de acomodadizo, dócil, condescendiente) un derecho que se adaptará a principios políticos democráticos de coexistencia plural de los grupos, y no de la imposición de una mayoría (o minoría) sobre otra. Esto a su vez permitirá la renovación de la política.

“Los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional de la que aquí se habla son la coexistencia y el compromiso. La visión de la política que está implícita no es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido del amigo-enemigo hobbesiano y schmittiano), sino la inclusiva integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos, que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo”.

Una vez definida el tipo de constitución que se requiere en una sociedad plural, el autor italiano, explica la transformación del Estado de Derecho en un *Estado constitucional*.

Para Zagrebelsky, como para otros autores contemporáneos el *estado de Derecho* en el sentido positivista clásico ha sido rebasado por la complejidad de las relaciones políticas, económicas, sociales y culturales de la sociedad contemporánea. Ese *estado de Derecho* se caracterizaba por concebir la ley como un acto de voluntad del Poder Legislativo que se tornaba en supremo porque somete a la Administración y a la Judicatura. El principio de legalidad, pilar del *estado de Derecho*, establece que la autoridad, administrativa y judicial, deben someterse a los establecido por la ley. Por otro lado, este modelo de *estado de Derecho* subordina los derechos de las personas a la ley. Por último, en el *estado de Derecho* no hay presencia de jueces independientes ya que estos se subordinan al Poder Legislativo ya que sus decisiones solo pueden aplicar la ley, no interpretarla.

Zagrebelsky reconoce que es poco probable encontrar el día de hoy un Estado con esas características. Se refiere a este modelo como un modelo teórico. Los estados actuales han dado giro y ahora se transforman en *estados constitucionales*. En dichos estados la *constitución* es un remedio a los efectos

---

<sup>75</sup> *Idem*, p. 14 y 15.

nocivos de una sobrecarga y dispersión en la legislación mediante la previsión de un derecho dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. Ese derecho es la *constitución* no solo en cuanto a forma sino contenidos, particularmente aquellos que se refieren a los derechos humanos. Esto quiere decir que los legisladores están obligados a respetar los contenidos constitucionales. De esta forma se condicionan los contenidos del derecho y contienen los desarrollos contradictorios del derecho legislativo generados por el mismo. Esto es una crítica muy clara del autor sobre el positivismo.

“La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más lata. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad”<sup>76</sup>.

Para materializar este *Estado constitucional* se debe de llevar a cabo la transformación del juez para que pueda intervenir en la creación del Derecho. Esto implica una transformación mayúscula del Poder judicial. Una transformación en la función judicial mediante la cual los jueces podrán crear derecho por medio de la interpretación de las leyes. Esto es lo que permite la ductilidad antes mencionada. El derecho legislativo pretende ser un derecho acabado. En el Estado constitucional, lo inacabado del derecho requiere de profundidad y creatividad del operador jurídico para definirlo en cada caso. Transformación complicada, admite Zagrebelsky, ya que los cuerpos judiciales actuales se caracterizan por la apatía social y el hábito de ocultar las propias decisiones<sup>77</sup>.

Al cambio del juez, Zagrebelsky agrega también el cambio del Poder Legislativo. Si el papel de la ley en el Estado constitucional cambia y pierde su centralidad es necesario que el legislador y la legislación cambien. No se trata de crear un Estado judicial, se estaría entendiendo erróneamente las bases del Estado constitucional. No se trata de eliminar la ley, al contrario ésta tiene un valor en sí misma independientemente de sus contenidos y de sus vínculos de derivación a partir de los preceptos constitucionales. La ley no requiere de

---

<sup>76</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 149.

legitimación de contenido o sustantiva por lo tanto tiene su valor por ser ley, pero éste puede deslegitimarse si contradice la constitución. Se trata de descentralizarla y hacer un ejercicio de equilibrio de poderes.

El reconocimiento de la legislación como función originaria y no derivada depende necesariamente de que la Constitución se conciba no como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto de elementos, cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de la elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador. Sólo así es posible que la existencia de una Constitución que contienen principios sustantivos no contradiga el pluralismo, la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas. Pensar lo contrario no sólo representa una manifestación de soberbia de los juristas, sino que constituye también un riesgo “holístico” de asfixia política por saturación jurídica. La Constitución se situaría en contra de la democracia”<sup>78</sup>.

En ese nuevo paradigma respecto a la ley y el Derecho el legislador también debe de repensarse y ver sus leyes como “partes” del derecho, y no como “todo el derecho”. El legislador debe de mantener abiertas las posibilidades de su derecho a legislar y construir políticamente la formación del ordenamiento jurídico. “Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego, ya no un Estado constitucional democrático”<sup>79</sup>.

### **2.3 Luigi Ferrajoli y el modelo de Estado constitucional-garantista.**

El autor más influyente de la teoría constitucional actual es sin duda el italiano Luigi Ferrajoli. Su propuesta de modelo garantista ha sido la corriente jurídica que mayor influencia ha tenido en los sistemas jurídicos contemporáneos ya que no solo ha quedado en la teoría de derecho sino que es el origen de muchas de varias reformas constitucionales y penales implementadas en los últimos años en diferentes países.

La propuesta de Ferrajoli tiene su origen en lo que considera una crisis del Derecho. Esta crisis general del Derecho se manifiesta en tres crisis particulares, una crisis de legalidad, una crisis del Estado de bienestar y una crisis de estado nación<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> *Idem*, p. 152.

<sup>79</sup> *Idem*, p. 153.

<sup>80</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil* Madrid. Trotta. (1999) 2004. p. 15.

La crisis de legalidad se manifiesta en la pérdida del carácter vinculatorio de la ley para aquellos encargados de cumplirla, es decir, las autoridades públicas. A esto lo llama también la fenomenología de la ilegalidad y se refiere a los casos de corrupción que envuelven a la política, a la administración pública, las finanzas y la economía, al Poder Judicial. La corrupción, la impunidad, la aplicación selectiva de la ley provoca la degradación de las reglas del juego institucional y trastoca los límites y vínculos del poder público. Esta fenomenología de la ilegalidad no pasa desapercibida por la sociedad y pronto ésta la reproduce llevando a una crisis generalizada de ilegalidad.

La segunda es la crisis del Estado de bienestar. El modelo de estado de bienestar demandaba a los poderes públicos la satisfacción de los derechos sociales mediante acciones positivas. Sin embargo, la forma de satisfacer esa demanda no se determinaban de forma general y abstracta, sino que su satisfacción era discrecional, contingente y confiada a la intermediación partidista y burocrática. Esta manifestación del Estado social provocó una inflación legislativa que respondía a intereses sectoriales, que contravenían los principios de generalidad y abstracción que a su vez favorecía la corrupción ya mencionada.

El tercer aspecto de esta crisis del derecho se manifiesta en la muy estudiada y comprobada crisis del Estado nacional manifestada en los cambios de lugar de la soberanía, la alteración del sistema de fuentes de poder (y Derecho) y un debilitamiento del constitucionalismo. El proceso de integración mundial, dice Ferrajoli ha desplazado fuera del Estado nacional los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía.

Esta crisis del Derecho, manifestada en estas tres crisis particulares, puede ser un riesgo también para la democracia. Efectivamente, el principio de sujeción a la ley por parte de los poderes públicos es el principio fundamental de la soberanía popular y del Estado de derecho. El legislador como representante de la soberanía popular hace las leyes que limitan al poder público y los otros poderes públicos deben sujetarse a ellas. Cuando esas leyes dejan de cumplirse se rompe con este principio democrático que llevado a un extremo puede poner en riesgo la democracia.

Esta crisis del derecho no es otra cosa más que la crisis de la razón jurídica moderna. En otras palabras, no es crisis *de Derecho* sino la crisis de *un*

*modelo de Derecho*. El modelo es el que ha entrado en crisis, un modelo que Luigi Ferrajoli categoriza como *paleopositivista* y se refiere al -ya analizado previamente- *estado de Derecho*. El error está en creer que el Derecho es así porque debe ser así y no puede ser de otra manera, cuando la historia ha demostrado la diversidad de los sistemas jurídicos. La propuesta de Ferrajoli es crear otro tipo de razonamiento jurídico para construir hoy el derecho como un “*sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales*”<sup>81</sup>.

Este modelo propuesto por Ferrajoli tiene como eje fundamental los derechos humanos establecidos en las constituciones y en los tratados internacionales de Derechos Humanos. Los derechos humanos serán la base del sistema jurídico y se situarán por encima de la ley que era la base del *estado de Derecho* y serán protegidos por la *constitución* mediante una serie de *garantías* que encaminadas a proteger los derechos humanos, de ahí el nombre de *garantismo*. El *garantismo* no puede ser considerado como sinónimo de Estado constitucional, ya que son dos aspectos distintos del sistema normativo que un momento determinado pueden coincidir como es la propuesta de estado constitucional garantista.

Para que este modelo se pueda materializar debe de alterar el modelo *paleopositivista* en cuatro aspectos. Primero, transformar el paradigma de la validez de la norma jurídica que en el *estado de Derecho* se define mediante una racionalidad formal en la que la norma vale en tanto haya cumplido con los requisitos formales establecidos para el proceso legislativo, hacia un modelo de racionalidad sustancial en el que la validez de la norma se fundamenta también en sus contenidos. De acuerdo con la propuesta de Luigi Ferrajoli esos contenidos no pueden ser otro más que los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en tratados internacionales.

En segundo lugar se debe de pasar de una democracia formal a una democracia *sustancial*. Para Ferrajoli es necesaria también para una transformación del modelo de Estado una modificación en la manera en que se entiende la democracia. Para que el modelo constitucional-garantista pueda materializarse es necesario pasar de una democracia representativa y *formal* a

---

<sup>81</sup> *Idem*, p. 19

una *democracia sustancial*. La democracia no debe entenderse bajo los principios formales de la democracia representativa, o no solo eso. La democracia tiene una dimensión *sustancial* que está dada por los derechos fundamentales.

“Efectivamente, las dos clases de normas sobre la producción jurídica que se han distinguido – las *formales* que condicionan la *vigencia*, y las *sustanciales* que condicionan la *validez*– garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión formal de la ‘democracia política’, que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se haya garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse ‘democracia sustancial’, puesto que se refiere al qué es lo que puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que esté garantizado, por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el *significado* de las mismas decisiones vinculándolas, so pena de validez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla”<sup>82</sup>.

Esto quiere decir que los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales se configuran como vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos (libertades) que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos (derechos sociales) que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Esta es la democracia política y *sustancial*, aquélla que se identifica con la *esfera de lo indecidible*<sup>83</sup>.

Los derechos fundamentales se sobreponen a las voluntades contingentes de las mayorías y deslegitiman la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Al contrario los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecidible*: de lo *no decible que*, y de lo *no decible que no*, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales<sup>84</sup>.

Otra alteración necesaria en la propuesta de Ferrajoli es respecto al papel de juez y *la legitimación democrática de su independencia*. En este modelo garantista se fortalece a la judicatura y se modifica la relación del juez y la ley ya que se le asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano de violaciones de la legalidad por parte de los poderes públicos. En este sentido, ya no se considera que el juez esté sujeto a la *letra de la ley* sino

---

<sup>82</sup> *Ídem*, p. 24

<sup>83</sup> *Ídem*.

<sup>84</sup> *Ídem*, p.51

sujeto a la ley porque esa ley es válida y coherente con la *constitución* y con los derechos humanos que establece<sup>85</sup>:

“En esa sujeción del juez a la Constitución, y en consecuencia, en su papel garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecido, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean –o precisamente porque son- poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para ser la garantía de los mismos.”<sup>86</sup>

Estas dos alteraciones muestran los contenidos políticos de la *constitución*. Por un lado, la conceptualización de una democracia sustancial, entendida como una democracia de contenidos significa una concepción distinta de la democracia de las mayorías por una democracia de contenidos indecibles por las mayorías entre ellos los derechos fundamentales. Es una respuesta a la tiranía de la mayoría y una especie de garantía de los derechos frente a las decisiones mayoritarias. En segundo lugar, como se ha venido mencionando, la resignificación del papel del juez así como la ampliación de las facultades del Poder judicial para otorgar una mayor independencia respecto a otros poderes – o incluso un poder político mayor al de otros poderes- es una transformación profunda ya que modifica las relaciones sobre las que se construye la división de poderes y redefine las relaciones de poder entre las instituciones públicas.

#### **2.4 Boaventura de Sousa Santos. La reforma del Poder Judicial y la democracia.**

Para cerrar este capítulo analizaremos la obra de un autor que aunque no se detiene para hacer una conceptualización de *constitución*, nos proporciona elementos para analizar la importancia política del Poder Judicial. Este análisis del Poder Judicial y su papel en la construcción de sociedades más democráticas es aplicable, sin duda, en el momento en el que el juez constitucional hace la defensa de la Constitución.

---

<sup>85</sup> *Idem*, p. 26

<sup>86</sup> *Idem*.

Los dos autores italianos que acabamos de exponer, exjueces ambos, señalan que en la transformación del estado de Derecho al Estado constitucional el Poder Judicial juega un papel fundamental y debe de transformarse. Boaventura de Sousa Santos, autor portugués, demuestra y analiza por medio de la sociología jurídica la transformación real del Poder Judicial en diferentes Estados en las pasadas dos décadas y las implicaciones que ha tenido y puede tener en la construcción de una sociedad democrática.

Para entender en su totalidad el papel del Poder Judicial en la transformación y fortalecimiento de la democracia es necesario comprender que el juez tiene además de las facultades reconocidas constitucionalmente una serie de funciones sociales y simbólicas<sup>87</sup>. Una de estas funciones es el *control social* que se define como “el conjunto de medidas adoptadas –ya sea mediante la interiorización o mediante coacción- en una determinada sociedad para que las acciones individuales no se desvíen de forma significativa del patrón dominante de sociabilidad, designado como orden social”<sup>88</sup>. Es decir, una de las funciones cotidianas del juez es tomar una serie de decisiones para que conductas individuales no trastoquen el orden social.

Esta función social del juez se manifiesta en todas las ramas del Derecho. Sin embargo, para Santos es en la justicia penal donde se encuentran ciertos elementos que provocan que sea la más importante al grado de cumplir también una función simbólica.

La justicia penal actúa sobre comportamientos que en general se desvían significativamente de valores reconocidos como particularmente importantes para la reproducción normal de una determinada sociedad (los valores de la vida, de la integridad física, del honor, de la propiedad, etc). Actuando con eficacia en este campo, se produce un efecto de confirmación de los valores violados. Una vez que los derechos de ciudadanía, cuando están interiorizados, tienden a enraizar concepciones de justicia retributiva y distributiva, la garantía de su protección por parte de los jueces tiene en general un poderoso efecto de confirmación simbólica<sup>89</sup>.

Esta descripción de las funciones del Poder Judicial en materia penal son aplicables también cuando hablamos de los jueces constitucionales. En la justicia constitucional, el juez debe evitar que las acciones de la autoridad no

---

<sup>87</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*. Madrid/Bogotá, Editorial Trotta/ILSA. 2009.

<sup>88</sup> *Ídem*, p.109.

<sup>89</sup> *Ídem*, p.113.

se desvíen de un patrón dominante que ha sido determinado por el Constituyente y que se encuentra establecido en la Constitución.

En este caso también hay una gran carga simbólica en las decisiones del juez. Si el juez constitucional actúa de una forma adecuada y eficiente evita que se trastocuen los valores políticos más importantes dentro de un Estado constitucional, como los derechos humanos o la división de poderes, entonces el juez se convierte simbólicamente y socialmente en el defensor de la constitución entendida como los valores políticos fundamentales. Si, por el contrario, la decisión del juez es incorrecta, socialmente se debilita el Poder Judicial.

Sin embargo, este fenómeno es reciente. En el estado de Derecho, el Poder Judicial pasa prácticamente inadvertido hasta las recientes reformas que se han llevado a cabo en diferentes países en últimas décadas. Estas reformas al Poder Judicial han sido un fenómeno novedoso en la mayoría de los países.

El fenómeno de la globalización del Estado de derecho y la reforma del sistema judicial nos resulta extraño porque en el Estado moderno, con la posible excepción de los Estados Unidos, la existencia de los tribunales ha pasado más bien desapercibida. Marginados por los poderes ejecutivo y legislativo, y mucho menos poderosos que ellos, los tribunales de justicia se han convertido en algo meramente accesorio a las otras ramas del gobierno, o bien han pagado su independencia institucional con el asilamiento y la falta de pertinencia para la sociedad<sup>90</sup>.

De acuerdo con Santos, la reforma al Poder Judicial es uno de los cuatro consensos particulares que integran el *consenso hegemónico global*. El primero de ellos, el *consenso económico neoliberal* se manifiesta principalmente en las restricciones a la regulación de origen estatal al mercado, los nuevos derechos de propiedad y la subordinación a los organismos financieros internacionales.

En segundo lugar, el *consenso sobre el Estado débil* como oposición a la sociedad civil. En tercer lugar, el *consenso democrático liberal* que entiende la democracia en su aspecto meramente representativo: gobiernos elegidos, elecciones libres, sufragio universal, derecho a ser votado, libertades de expresión y de reunión. Y por último, el *consenso sobre el Estado de Derecho y la reforma judicial* que garantiza la certidumbre y predictibilidad necesaria para

---

<sup>90</sup> *Ídem*, 454-455

que las operaciones económicas puedan tener el curso que el libre mercado determine. Para ello se requiere de un Estado de derecho y de un sistema judicial eficiente, en el que los tribunales apliquen el Derecho equitativa, neutral y predeciblemente para prestar un servicio judicial ágil y transparente a los ciudadanos, a los agentes económicos y al Estado.

Con estas reformas el Poder Judicial ha dejado de tener ese papel olvidado y marginado – a la sombra de los otros poderes- para convertirse en un actor protagónico de la vida política por sí mismo. Esto no es por una aspiración propia del Poder Judicial sino por una serie de reformas estructurales al sistema de administración de justicia que ha empujado a ese poder a hacer visibles sus funciones sociales y simbólicas en el espacio de lo público. A partir de nuevas facultades otorgadas por cambios en la Constitución se va modificando el papel del juez y ese nuevo papel tiene sin duda un papel político importante.

Esto no quiere decir que el juez deje de ser *operador jurídico*. El juez seguirá tomando sus decisiones con base en el Derecho –que no lo es lo mismo que la *ley* como explica Ferrajoli y Zagrebelsky- pero la decisión que tome, independientemente de la voluntad del juez, es una decisión política en el sentido que pueda transformar (*Cortes progresistas*) o mantener (*Cortes conservadoras*) el espacio político.

La particularidad de esas reformas por las que los tribunales han adquirido una mayor notoriedad en la vida política es porque se han convertido, en última instancia, en los que garantizan el cumplimiento de la *constitución* o los responsables de no poder cumplir con lo establecido en las disposiciones constitucionales.

Santos lo explica:

En otras palabras, el sistema judicial gana visibilidad social y política por ser, simultáneamente, parte de la solución y parte del problema en la realización del Estado de derecho. Cuando se le considera parte de la solución, se destacan el Poder judicial y el activismo judicial; cuando se lo considera como parte del problema, la perspectiva se concentra en la crisis judicial y en la necesidad de una reforma judicial<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> *Ídem*, 460.

A partir de estas reformas, el papel del Poder Judicial puede analizarse políticamente y Santos lo hace en relación a la forma en la que este poder puede participar en la construcción de la democracia.

El autor hace una doble caracterización de la democracia muy similar a la propuesta de Ferrajoli y similar a la democracia plural de Häberle. En primer lugar, existe una democracia representativa que es “una concepción instrumental, un medio para estabilizar la liberalización económica e impedir la decadencia completa de las instituciones gubernamentales” y puede restringirse para ajustarla a las necesidades del capitalismo global. En este tipo de democracia la reforma de justicia va encaminada a

aumentar la estabilidad y predecibilidad de las transacciones económicas, promover la paz social y mejorar la capacidad administrativa del Estado. En ese caso, el Estado de derecho y la justicia contribuyen directamente al buen funcionamiento de la economía e indirectamente la estabilidad democrática. En segundo lugar, el derecho y el sistema judicial diluyen los conflictos sociales que surgen de desplazamientos sociales y las desigualdades distributivas producidas por el capitalismo global. Como el Estado de derecho transforma los problemas sociales en derecho y los jueces transforman los conflictos colectivos en disputas individuales, los tribunales tienden a desmotivar la acción y organización colectivas. (...) A través de todos estos mecanismos, el derecho y la justicia promueven la gobernabilidad, impidiendo la sobrecarga del sistema político y expandiendo las fronteras de la tolerancia política, en especial en aquellos países donde el Estado de derecho y los tribunales independientes son una parte integral de las recientes transiciones democráticas”<sup>92</sup>.

En este aspecto la justicia tiene la función de mantener el orden y sobre todo el sistema económico. El Poder Judicial mantiene y fortalece las estructuras de la democracia representativa que es a su vez el instrumento del capitalismo. Sin embargo, existe otra forma de democracia que es una *democracia participativa*.

La democracia participativa es una concepción contrahegemónica de la democracia. Desde la perspectiva de la democracia participativa, la democracia representativa se considera una concepción incompleta de la democracia más que una equivocada. La democracia participativa acepta, entonces, la democracia representativa como punto de partida. La diferencia entre una y otra es que la democracia participativa no cree que la compatibilidad entre capitalismo y democracia vaya a ser sostenible por siempre, y defiende simultáneamente que en caso de colisión entre la democracia y capitalismo, debe prevalecer la democracia”<sup>93</sup>.

En la democracia participativa el papel del sistema de justicia es diferente:

La democracia participativa es, por consiguiente, menos procedimental y más sustantiva que la democracia representativa, y se centra menos en la gobernabilidad que en la

---

<sup>92</sup> *Ídem*, 494.

<sup>93</sup> *Ídem*, 496 .

capacidad de conferir mayor poder a los ciudadanos y conseguir la justicia social. Los criterios que debe de cumplir el Estado de derecho y el sistema judicial para satisfacer las exigencias de la democracia participativa son, por consiguiente, mucho más estrictos que los que se aplican a la democracia representativa<sup>94</sup>.

Concebida la democracia de esta forma, el sistema de justicia tiene que llevar a cabo una serie de cuestiones complejas para cumplir con sus funciones.

En primer lugar, en la democracia participativa se dará una especie de activismo judicial. Este activismo judicial consiste en que los jueces se hagan defensores de las causas sociales que se esté litigando. En sí mismo, esto no es bueno o malo para la democracia participativa, pero es necesario que se evalúe ese activismo respecto a sus méritos sustantivos de protección de las causas sociales.

En segundo lugar, la manera en el que el Poder Judicial aborda los conflictos estructurales, colectivos o socialmente muy extendidos. En este sentido es necesaria una reforma de amplia alcance en el derecho sustantivo y procedimental y en la organización judicial para dar lugar a acciones colectivas, mayor participación de la sociedad civil. Es decir, el Poder Judicial debe de tomarse en serio la democracia y darle prioridad por encima de los mercados y de una concepción individualista de la propiedad.

En tercer lugar se habla de transformar las formas de acceso al derecho y a la justicia y esto implica cuestionarse qué derecho y qué justicia es la que se busca acceder. En la democracia participativa se promueven activamente las disputas. El sistema de justicia posliberal que se propone en la democracia participativa promueve los conflictos como forma de acceso al derecho a la justicia y darles un poder político mayor a las comunidades políticamente excluidas.

Por último, el potencial democrático del sistema judicial dependerá cada vez más del surgimiento de formas de justicia internacional más adecuadas para enfrentar el daño sistemático producido por los conflictos estructurales al nivel que aquél es producido, es decir, a nivel global<sup>95</sup>. Esto no solo se refiere a la creación de tribunales internacionales que tendrán que seguir estos criterios

---

<sup>94</sup> *Ídem*, 497

<sup>95</sup> *Ídem*, 497 – 50)

de justicia sino la aceptación de la decisiones de los tribunales internacionales en el derecho nacional.

Esta descripción de Santos sobre las transformaciones del sistema judicial se manifiestan claramente en la justicia constitucional. Ahí, es donde se ve la importancia de este nuevo sistema de justicia ya que la constitución y sus ideales son los que se ponen a litigio con la justicia constitucional. En la justicia constitucional, aquella que tiene que ver con la defensa de la Constitución, “el Estado de derecho y el sistema judicial parecen ser los instrumentos ideales para una concepción despolitizada de la transformación social”<sup>96</sup>.

Como conclusión de este capítulo es válido aceptar la transformación de un modelo de estado a la luz de la crisis del modelo positivista de derecho. En ese modelo, la *constitución* era entendida como un documento político. Con la transformación del estado en un Estado constitucional la *constitución* se convierte en un instrumento político al desplazar a la ley de su función protagónica en el Derecho y a su vez terminando con el monopolio del derecho legislativo.

En el estado constitucional, la *constitución* es soberana y determina incluso la labor del legislador. Además esta nueva constitución no solo vale por sus formas sino por sus contenidos. Los contenidos de la constitución son los derechos humanos y con ellos se crea una idea de dignidad humana que subyace en el estado constitucional. Los derechos humanos son parte de los ideales políticos de las sociedades contemporáneas que busquen ser democráticas

Estos contenidos nutren también un nuevo significado de *democracia*. La democracia en el estado constitucional no solo es un requisito formal o instrumento de mayorías. La democracia en el estado constitucional adquiere contenidos también a partir de los derechos humanos transformándola en democracia participativas o sustanciales cuya principal característica es que contrapone el respeto a los derechos humanos y de los grupos sociales a las decisiones mayoritarias.

En el Estado constitucional, el Poder Judicial se convierte en un actor fundamental con lo que se modifica la concepción tradicional de la división de

---

<sup>96</sup> *Ídem*, 504.

poderes. En el Estado constitucional los jueces tienen una mayor visibilidad política y sus funciones van a reforzar ese carácter. Al convertirse en defensores de la Constitución, se convierten en actores políticos que construyen una sociedad democrática o que pueden hacerlo.

Con todo esto se demuestra que la *constitución* tiene ahora más que nunca un carácter político. No solo se ha construido un nuevo modelo sobre la base de la *constitución* misma, sino que además es el constitucionalismo el que le da los contenidos a la democracia que solo tenía las formas dadas por el liberalismo. Por último, si la *constitución* se vuelve política, sus defensores se convierten en actores políticos. Eso ha pasado con los jueces y con el Poder judicial en su conjunto.

El tercer capítulo demostrará que este modelo constitucional no se queda solo en un modelo sino que empieza a materializarse. Las reformas constitucionales más recientes realizadas en México han materializado el *Estado constitucional*. Enseguida se analizarán esas reformas y sus implicaciones políticas.

## Capítulo III. La reforma al Poder Judicial en México. Constitucionalización y judicialización.

### 3.1 Constitucionalización y judicialización

En este capítulo se estudian las reformas que se le han hecho al Poder Judicial en México. La hipótesis que pretende demostrar este capítulo es que las reformas constitucionales que han modificado al Poder Judicial han generado una mayor constitucionalización del Estado mexicano y que en esa *constitucionalización* del Estado mexicano se ha politizado visiblemente al Poder Judicial. Cada una de las reformas constitucionales ha modificado las facultades de este Poder. Con las decisiones judiciales tomadas a partir de cada una de esas facultades incide en la vida política del país, establece nuevas relaciones entre poderes y cambia la relación del poder con la persona.

Por *constitucionalización* puede entenderse en sentido amplio, un proceso que inicia desde que se crea la primera constitución de un Estado. Desde un principio, la Constitución es ley suprema, es un pacto político y todos los poderes públicos tienen la obligación de defenderla, de ahí que en sentido amplio se pueda decir que desde la creación de una *constitución* se esté frente a un proceso de constitucionalización del Estado.

En un sentido restringido y al que este trabajo se apega, por *constitucionalización* debe entenderse la transformación explicada por los diferentes autores analizados en el capítulo anterior, es decir, la transformación del Estado de Derecho hacia un Estado constitucional que implica la existencia necesaria de mecanismos jurisdiccionales para la exigibilidad y justiciabilidad de la Constitución. Estos mecanismos a cargo del Poder Judicial -que van desde el control de constitucionalidad delegado a un Tribunal Constitucional o una Corte Suprema con esas facultades hasta el *control difuso* o *control de convencionalidad*- tienen como objetivo hacer prevalecer los contenidos de la Constitución, (y de los tratados internacionales) sobre las leyes u actos de una autoridad o un particular que viole los derechos establecidos en ella.

Entendido de esta manera, el proceso de constitucionalización en México inicia hace 16 años y al momento que se escriben estas notas no han concluido del todo esas reformas. No es una exageración decir que en esos años el Poder Judicial se ha modificado sustancialmente y esta transformación ha sido producto de las reformas y también de que la sociedad y los individuos

empiezan a crearle funciones sociales y una posición activa frente a ciertas demandas sociales.

En este capítulo nos enfocaremos en explicar las reformas al Poder Judicial que han contribuido a *constitucionalizar* el Estado mexicano, a modificar al Poder Judicial y el concepto de *constitución* en los tiempos actuales. Para explicar dichas reformas se hará la descripción constitucional y se analizarán las disposiciones constitucionales desde una perspectiva política, es decir, de los principios políticos o de relación de poder que la reforma trastoca.

La reforma judicial en México no es una sola reforma sino varias reformas realizadas en década y media que el día de hoy definen un Poder Judicial totalmente diferente a las formas en las que éste era concebido en la Constitución mexicana de 1917 que adoptaba el modelo de *estado de Derecho*.

### **3.2 La reforma al Poder Judicial (1994-1995).**

El 31 de diciembre de 1994 se publicó en el Diario Oficial de la Federación<sup>97</sup> un decreto que incluía una serie de reformas constitucionales dirigidas a modificar el Poder Judicial y particularmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a partir de ese momento tuvo la facultad de interpretar la Constitución.

A partir de estas reformas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) adquirió facultades de Tribunal Constitucional. Es decir, un tribunal que podía decidir sobre la constitucionalidad de cualquier acto de autoridad incluyendo la autoridad legislativa mediante tres formas o mecanismos jurídico-constitucionales que resuelve cada uno de ellos un tipo de conflicto político en particular: controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y juicios de amparo. El juicio de amparo será explicado en un apartado en particular más adelante por lo que nos enfocamos en los otros dos instrumentos.

El artículo 105 constitucional en su versión original<sup>98</sup> establecía las controversias constitucionales. Es decir, una facultad muy poco clara a la SCJN para que conociera *de las controversias que se susciten entre dos o más*

---

<sup>97</sup> <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/rc133.pdf>

<sup>98</sup> <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>

*Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellas en que la Federación fuese parte. A este artículo se le hicieron algunas reformas menores en 1967 y en 1993 pero fue hasta 1994 que se hizo un verdadero diseño de las controversias constitucionales.*

Las acciones de inconstitucionalidad no existían en la CPEUM y establecidas en 1994 al incorporar una fracción II a este artículo. En quince años se han reformado tres veces (1996, 2006 y 2011) para ampliar los casos y autoridades que pueden interponer una acción de inconstitucionalidad. Junto con la controversia constitucional son los mecanismos más importantes de control de constitucionalidad entre los poderes públicos. Esto incluye poner control a los actos del Poder Legislativo.

La importancia de esta reforma respecto al control de constitucionalidad es fundamental. Después de la reestructuración de 1995 de la Suprema Corte de Justicia se ha vuelto cotidiano en el trabajo de ésta la resolución de estos mecanismos.

La razón de esto último apunta a que son temas políticos los que se resuelven por medio del control constitucional ya que ésta se da entre poderes políticos. De ahí que, en un régimen que concentra el poder en la figura presidencial no haya disputas pero cuando se rompe el sistema hegemónico y el poder político se divide entre diferentes fuerzas políticas, las controversias entre los poderes públicos inicia y con ello la defensa de la Constitución.

### *Controversias constitucionales.*

Las controversias constitucionales se establecen en el artículo 105 constitucional:

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:

- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b) La Federación y un municipio;
- c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d) Un Estado y otro;
- e) Un Estado y el Distrito Federal;
- f) El Distrito Federal y un municipio;
- g) Dos municipios de diversos Estados;

- h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

Reconocidas desde el Constituyente de 1917, no fueron una realidad sino hasta 1995. El dato que demuestra lo anterior es el siguiente: entre 1917 y 1994 se plantearon en total 42 casos de controversias constitucionales<sup>99</sup>. Entre el primero de enero de 1995 y al día de hoy se han resuelto 1548 y quedan pendientes al día de hoy 105<sup>100</sup>. Al día de hoy la resolución de controversias constitucionales es una práctica cotidiana. Esto se explica no sólo a partir de las reformas mencionadas sino también de la ruptura del sistema político con partido hegemónico y la llegada de la pluralidad democrática.

Este mecanismo de control constitucional le da la facultad a la Suprema Corte de Justicia de resolver una controversia entre poderes públicos respecto a la constitucionalidad de sus actos o de sus disposiciones generales que regulen su actuar. Es decir, si entre dos poderes públicos existe una disputa respecto a sus facultades, límites y alcances de su poder político, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tendrán la capacidad de decidir quien tiene la razón en el conflicto de acuerdo con la interpretación constitucional que lleven a cabo.

En este proceso subyace un conflicto político. La decisión sobre que autoridad tiene qué poder o definir sobre la constitucionalidad de un acto del poder público no es solo un conflicto jurídico constitucional sino político. La SCJN es la que tiene la facultad y obligación de decidir, con base en la *constitución* qué poder tiene la razón y con ello dirimir el conflicto político. La

---

<sup>99</sup> González Compeán Miguel y Peter Bauer, *Jurisdicción y democracia. Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México*, México, Ediciones Cal y Arena, 2002. p 151.

<sup>100</sup> Estadística elaborada con información de la página de la SCJN [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)

decisión del tribunal se hace con base en la Constitución pero la decisión que tome impactará en el ámbito de lo político.

Si a esto le agregamos que los conflictos entre las autoridades públicas señaladas en el artículo normalmente serán emanadas de diferentes partidos políticos los asuntos se politizan y tienen eco en la opinión pública.

Después de enunciar limitativamente los poderes que pueden iniciar una controversia política, el artículo mencionado establece un criterio importante. Si la controversia sobre la constitucionalidad de las disposiciones generales proviene de una autoridad jerárquicamente superior Federación o Estados sobre la inferior; o en los casos controversia entre poderes de un mismo nivel (Poder Ejecutivo-Congreso de la Unión; Poderes de un mismo Estado u órganos del D.F.), y la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es declararlas inválidas por mayoría de por lo menos ocho votos “dicha resolución tendrá efectos generales”. Esto en otras palabras quiere decir que con el criterio la sentencia de la Corte se invalidarán todos los actos fundamentados en esas disposiciones generales y los declara inconstitucionales.

#### *Acciones de inconstitucionalidad*

El siguiente procedimiento de control constitucional es la acción de inconstitucionalidad. Las disposiciones que la regulan se encuentran en el artículo 105 fracción II de la Constitución:

**Artículo 105.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...)

**II.** De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

**a)** El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

**b)** El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

**c)** El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

**d)** El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y

**e)** El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la

propia Asamblea.

**f)** Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

**g)** La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

(...)

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

A diferencia de la controversia constitucional que versa sobre actos o disposiciones generales, las acciones de inconstitucionalidad son mecanismos de revisión de leyes frente a la Constitución para valorar si existen contradicciones entre ellas y en su caso declararla inválida dicha ley. Es una forma de control constitucional abstracto y sin duda una decisión sobre esto es una decisión política.

Estas acciones las pueden ejercitar las autoridades mencionadas sobre los temas enunciados de forma limitativa y en los tiempos que se establecen, treinta días después de haber sido promulgada por el Poder Ejecutivo.

La acción de inconstitucionalidad también puede ser leída en términos políticos. Una ley aprobada por mayoría en el Congreso de la Unión, o en los órganos legislativos locales, puede ser cuestionada por una minoría en el Congreso, o en los órganos legislativos locales; o autoridades administrativas (como la PGR), órganos constituciones autónomos (CNDH o Comisiones locales) o entidades de interés público (partidos políticos). Con ello, la voluntad del legislador puede ser cuestionada por considerar que ésta ha ido más allá o en contra de la Constitución. La ley queda con ello sometida a la Constitución y en su caso podrá ser invalidada.

Al igual que en las controversias constitucionales, para declarar la inconstitucionalidad de una ley se requiere una mayoría absoluta del Pleno de

la SCJN: ocho votos de los once posibles. Respecto a estos requisitos podemos hacer dos suposiciones de la interpretación constitucional. La primera es que existe una *presunción de constitucionalidad* de las leyes y se debe demostrar su inconstitucionalidad en el proceso. Segundo, que los criterios de los jueces son aceptados como verdaderos por consensos, no por unanimidad. Es decir, es una interpretación que alcanza su verdad, no por demostrarse empíricamente, sino porque los jueces están de acuerdo en que esa debe ser la interpretación.

Por último respecto a la reforma al Poder judicial en México, es importante señalar la reforma de 1996<sup>101</sup> al sistema electoral mexicano. Para efectos de este estudio esa reforma es importante pues incorpora al Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

La competencia política del Poder Judicial en México inició tímidamente en 1993 pero fue hasta 1996 cuando se estableció el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación como última instancia para dirimir las controversias en materia electoral. Con la reforma electoral de 2007 se precisaron las facultades y formas de integrar al TEPJF.

El TEPJF decide asuntos relevantes para la vida política electoral mexicana, interpretan la aplicación de las leyes electorales y su constitucionalidad, anulan actos o resoluciones de la autoridad electoral federal o local y resuelven juicios de inconformidad en elecciones de diputados y senadores.

Además de estas facultades, el TEPJF tienen como una de sus funciones más importantes proteger los derechos político-electorales del ciudadano y con ello definir los alcances, elementos particulares y límites de estos derechos. Con estas facultades, el TEPJF interpreta las reglas de la democracia representativa y define los acabados del sistema electoral mexicano por medio de la jurisprudencia. En ningún caso estas decisiones son accesorias ya que la interpretación de estas reglas puede alterar la forma y el fondo de la representación y participación política. De ahí la importancia política que reviste a los magistrados electorales.

---

<sup>101</sup> DECRETO mediante el cual se declaran reformados diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, 22 de agosto 1996.

En la justicia electoral el protagonismo político de los jueces es más explícito pues se trata de un sistema para resolver, vía tribunales, conflictos surgidos en diversas manifestaciones del ejercicio del voto y del derecho a ser votado. El que las sentencias del magistrado no se decidan políticamente, sino por medio de argumentos jurídicos, no le resta peso político a sus decisiones porque cualquiera que sean estas generará consecuencias en la relación entre ciudadanos, partidos políticos y órganos electorales. Así, inevitablemente, el juez electoral se convierte en actor político y sus decisiones inclinan la balanza de una contienda.

### **3.3 La reforma en el sistema de justicia penal en México.**

La siguiente reforma importante del Poder Judicial es la reforma de justicia penal. El 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto de reforma constitucional conocido como *la reforma de justicia penal*. La reforma como su nombre lo indica transforma de fondo el sistema de procuración y administración de justicia penal en México dando paso a la *justicia oral*.

Las razones de esta reforma al sistema de justicia son múltiples pero la mayor parte de los argumentos apunta a la ineficacia e injusticia que reinaba en el modelo penal anterior. Es una reforma que modifica una de las funciones más importante del Estado y que establece una mayor protección de las personas que enfrentarán un proceso penal al reconocer la presunción de inocencia y establecer un sistema acusatorio. Es en este sentido que la reforma adquiere un carácter político ya que el reconocimiento de los derechos procesales que se tienen frente a las acusaciones del Estado son límites a un poder desmedido y el reconocimiento que derivan de la dignidad humana.

Pero también esta reforma transforma dos instituciones públicas fundamentales en el Estado: los jueces penales y el ministerio público. La figura tradicional y la forma de operar de estos se verá modificada por una serie de disposiciones que acompañan a la justicia oral.

En el caso de los jueces hay ciertos elementos de forma y de fondo que transformarán las formas de operar de los jueces al momento de la impartición de justicia. En primer lugar, los jueces penales se diversifican, es decir, ya no

estamos ante la figura de un solo juez capaz de llevar a cabo todo un proceso. Ahora dentro del derecho penal existirán diferentes tipos de jueces en materia penal:

- Los **jueces de control** serán aquellos que colaboren con las investigaciones y podrán autorizar medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación.
- Los **jueces de instrucción** son aquellos que determinarán si el caso está sujeto a procesos; y,
- Los **jueces de sentencia** son los que decidirán sobre el caso.  
(Además de **jueces de ejecución de sentencia**)

En segundo lugar existirán mecanismos alternativos de solución de controversias. Este es un aspecto político muy importante porque abre la posibilidad de que los problemas penales se solucionen vía las partes involucradas, es decir, que por un acuerdo privado se pueda evitar el establecer las sanciones establecidas por las leyes. Claro que esto debe de estar regulado por el Estado, pero sin duda puede leerse como otro espacio que lo privado ha podido recuperar del dominio de lo público: la aplicación de las penas.

Además de estos cambios que parecen de forma pero que son sustanciales, hay otros verdaderamente importantes ya que le darán al juez penal una mayor presencia pública y obligará a rendir cuentas de sus acciones. Sobra decir la naturaleza política y democrática de la rendición de cuentas de los actos públicos:

- Las sentencias tendrán que ser explicadas de manera oral, en audiencia pública y a las partes les debe de quedar clara.
- El juez estará presente en todas las audiencias sobre el caso, al igual que las partes.
- El desahogo de pruebas se hará en las audiencias públicas.
- El juez no conocerá antes del caso. se enterará de él, de manera oral, pública y contradictoria.
- La ley establece ahora: “el juez solo condenará cuando exista convicción de culpabilidad del inculpado”.

Esta reforma de justicia penal puede tener una lectura política. El poder represivo del Estado se ve expresado con mayor claridad en el ámbito del derecho penal. Es en este derecho donde la fuerza sancionadora que se encarga de reestablecer el orden cae sobre la persona que atenta contra la comunidad. Al transformar la forma en la que ese poder represivo será ejercido es una transformación política sustancial en el ejercicio del poder del Estado. Aunado a esto, si la reforma penal incluye un papel diferente de los jueces que los hará percibir de manera distinta en la sociedad, significa también una transformación en las relaciones políticas dentro del Estado.

### **3.4 La reforma constitucional en materia de *acciones colectivas***

El 29 de julio de 2010 se publica en el DOF el decreto de reforma constitucional que establece en el tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución, las acciones colectivas:

Artículo 17. (...)

(...)

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

(...)

Las acciones colectivas de acuerdo a lo que se definió en los considerandos del dictamen aprobado para esta reforma son instituciones procesales que permiten la defensa, protección y representación jurídica colectiva de derechos e intereses de los miembros de una colectividad o grupo dentro de una sociedad.

La naturaleza de estos procesos es *jurisdiccional*, es decir, llevado a cabo ante una autoridad judicial (jueces, magistrados) para la protección de derechos colectivos cuando estos son violados por una entidad privada (empresas) o pública (servicios de salud, electricidad).

La definición técnica del término “*derechos colectivos*” comprende los llamados *derechos difusos*, los *derechos colectivos en sentido estricto* y los *individuales de incidencia colectiva*. En otras palabras o ejemplos: el patrimonio cultural, el espacio público, la seguridad pública, el ambiente, la libre

competencia económica, los derechos de autor, la propiedad intelectual, derechos del consumidor, entre otros.

Las acciones colectivas modifican el acceso a la justicia para reconocer lo complejo y diverso que se han vuelto las relaciones sociales.

El panorama actual en materia del acceso a la justicia en México y en concreto, en materia de protección de los derechos fundamentales y colectivos reconocidos en nuestra Constitución, nos refiere que iniciar un procedimiento judicial implica enfrentarse a procesos complicados, difíciles de comprender debido a su tecnicidad, lentos y costosos, lo que induce a la parte económicamente más débil a aceptar injusticias, transacciones desventajosas o en último caso, a permitir la violación o el desconocimiento de los derechos que le asisten por parte de autoridades o de los propios particulares.

Las acciones colectivas justamente buscan crear un procedimiento judicial sencillo, fácil de comprender, eficiente y barato que permita defenderse de manera colectiva.

Otro aspecto importante que resaltar es que mediante este proceso judicial es que las *cosas juzgadas* tienen efectos generales para proteger a todos los miembros de la colectividad aunque no hayan sido parte de la demanda. La decisión que tomen los jueces sobre estos temas protegerá a toda la sociedad de ahí que su función social y política se vuelva más importante.

Los juzgadores federales son los que resolverán los asuntos que tengan que ver con las acciones colectivas. Esto también implica una transformación del Poder Judicial ya que éste, “tendrá la misión de cuidar que los principios de interpretación para las acciones y procedimientos colectivos sean compatibles con los principios de éstos y con la protección de los derechos e intereses de los individuos, grupos o colectividades”<sup>102</sup>. Por lo tanto le establece obligaciones al Poder Judicial como “elaborar estándares y guías que le auxilien en su labor, pues los paradigmas procesales actuales, en muchos aspectos, serán insuficientes e incluso contrarios al espíritu de las acciones y procedimientos colectivos”.

---

<sup>102</sup> Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación y de Estudios Legislativos respecto a la iniciativa que adiciona el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de acciones colectivas. Gaceta del Senado, 8 de diciembre de 2009.

Esta reforma fortalece la tendencia hacia el Estado constitucional por medio de mecanismos que permite la defensa de los derechos para equilibrar las relaciones sociales entre los diferentes grupos y entre la sociedad y el Estado.

Políticamente hablando estamos ante un mecanismo que fortalece la democracia y la relación equilibrada de los poderes reales. Las acciones colectivas permitirán que en las relaciones entre las empresas públicas o privadas y sus usuarios, tengan estos últimos una forma de defenderse y enfrentar colectivamente el poder de estas empresas.

Socialmente, las acciones colectivas permitirán que la sociedad se organice. En una sociedad tan individualista, un mecanismo que permita una articulación social que de frutos sin duda favorecerá otras formas de organización y permitirá a la sociedad reencontrarse solidariamente y luchar por intereses colectivos de forma articulada y pacífica.

### **3.5 La reforma en materia Juicio de Amparo**

La forma más antigua de llevar a cabo la interpretación constitucional es por medio de los juicios de amparo y de recursos de apelación. Estos mecanismos tienen su origen en una inconformidad de los individuos respecto a una resolución legislativa (ley), de cualquier otra autoridad administrativa o en su caso, por una resolución judicial que quiera ser apelada a al órgano de mayor jerarquía.

El Congreso de la Unión aprobó el 13 de diciembre reformas a los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución a fin de reconfigurar el juicio de amparo. El 6 de junio de 2011 esas reformas fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación y éstas implicaron transformaciones importantes en esta institución jurídica.

El juicio de amparo es el medio para cuestionar la constitucionalidad de la actuación de una autoridad pública. Una persona que ha sido afectada por un acto o norma de una autoridad respecto de los derechos fundamentales previstos en el texto constitucional puede promoverlo. Este medio, tradicionalmente protegía a quien lo promovió y no así a otras personas que pudieran ser afectadas por el mismo acto. Estos tres supuestos se han modificado transformando de fondo el juicio de amparo y estableciendo

disposiciones que fortalecen al Poder Judicial y le dan un peso más importante a sus decisiones.

El Juicio de Amparo, constitucionalmente se regula por los siguientes artículos:

**Artículo 103.** Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

**Artículo 107.** Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

(...)

V. El amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se

promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:

(...)

La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

(...)

VIII. Contra las sentencias que pronuncien en amparo los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia:

a) Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo normas generales por estimarlas directamente violatorias de esta Constitución, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad.

b) Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 de esta Constitución. La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos en revisión, que por su interés y trascendencia así lo ameriten. En los casos no previstos en los párrafos anteriores, conocerán de la revisión los tribunales colegiados de circuito y sus sentencias no admitirán recurso alguno;

IX. En materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de esta Constitución u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los acuerdos generales del Pleno. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras;<sup>103</sup>

IX. En materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de esta Constitución u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los acuerdos generales del Pleno. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras;

(...)

Estos artículo que acabamos de transcribir son los que establecen los cambios a los principios fundamentales que regían el juicio de amparo. El primer cambio recae en lo que, jurídicamente, se denomina “interés” que es la afectación al derecho que es necesaria para que una persona pueda promover o participar en el juicio de amparo. Anterior a esta reforma se establecía que solamente podían promover el juicio de amparo quiénes tenía un *interés jurídico*. Ahora la constitución establece un *interés legítimo*. Esta diferencia no solo es semántica, sino sustancial en el Derecho para definir quién puede y quién no promover la protección a los derechos fundamentales. *Interés jurídico* se refiere a un interés protegido y reconocido por una norma jurídica, cuando se habla de *interés legítimo* quiere decir que cualquier persona que pueda tener una potencial afectación por ese acto o norma, puede promover el juicio de amparo. Con esta decisión se amplían las posibilidades de proteger situaciones no totalmente reconocidas por el derecho pero que pueden afectar derechos fundamentales.

---

<sup>103</sup> CPEUM vigente

La protección del amparo de esta reforma se limitaba a las “garantías individuales” expresamente previstas en el texto constitucional. Este término, ahora rebasado comprendía los derechos encaminados a impedir indebidas intromisiones de las autoridades públicas a una pensada “esfera” individual. Por medio del amparo se limitaba al Estado para que no interviniera en el ejercicio de los derechos individuales: manifestación, expresión, asociación, tránsito, etc. De esta manera, el juicio de amparo no podía dar lugar a la defensa de otros derechos como los sociales (educación, salud, etcétera.) o culturales (indígenas).

Además, ya no solo procederá el juicio de amparo por la violación de los derechos humanos reconocidos en la Constitución sino todos aquellos que se encuentran reconocidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Esta reforma protegerá más derechos de más personas. Con estas modificaciones se altera el campo de lo político y se fortalece la democracia porque las diversas formas de expresión social, política, religiosa o cultural que conforman nuestra vida actual podrán encontrar respaldo jurídico de sus demandas y éstas podrán convertirse en argumentos judiciales que generen decisiones judiciales que den contenido a la compleja diversidad social.

Por último, el tercer cambio fundamental de esta reforma y que va en el mismo sentido es en los efectos del amparo, es decir en los efectos de la decisión judicial. Esta reforma modificó el criterio de la protección personal para extenderlo a personas que no hubieren participado en el litigio en que una norma general se hubiere declarado inconstitucional. Con esta modificación la protección constitucional se dará por al declarar inconstitucional la norma misma. La protección de las personas ya no dependerá de la capacidad de acceder a un litigio técnico y costoso sino de la decisión judicial que protegerá los derechos fundamentales de la sociedad. Esto es otro ejemplo de la transformación en las funciones sociales y políticas de los jueces.

### **3.6 La reforma de Derechos Humanos.**

El 10 de junio de 2011 se publicó sin duda la reforma constitucional más importante y con la que definitivamente en Estado mexicano se constituye como un verdadero Estado constitucional y esa es la reforma de derechos

humanos<sup>104</sup>. En el *estado constitucional* como mencionamos en el capítulo anterior la *constitución* es un instrumento que es válido porque reconoce los derechos humanos son estos los que le dan contenido y sustancia al Estado constitucional. Esta reforma consagró los derechos humanos como eje rector del sistema jurídico mexicano:

Título Primero

Capítulo I

**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.

(...)

Además del artículo 1 se reformaron el segundo párrafo del artículo 3o. respecto a los fines de la educación para establecer el *respeto a los derechos humanos*; el primer párrafo del artículo 11 para reconocer el derecho de asilo y la situación de los refugiados; el artículo 15 referente a la prohibición de alterar los derechos humanos establecidos en tratados internacionales; el segundo párrafo del artículo 18 respecto de los principios que deben de regir el derecho penitenciario; el primer párrafo del artículo 29 sobre la suspensión y restricciones de garantías y los límites a ésta; el primer párrafo del artículo 33 que reconoce derecho de audiencia a los extranjeros que pueden ser expulsados; la fracción décima del artículo 89 para establecer también el *respeto a los derechos humanos* como principio de política exterior; el segundo párrafo del artículo 97 que le quita una de las facultades más polémicas e inútiles que tenía la SCJN que es la facultad de investigación de derechos humanos; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102 para fortalecer a la CNDH; y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105 para establecer que la CNDH y comisiones de los estados puedan ejercitar una

---

<sup>104</sup> Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, México, UNAM-IIJ, 2011.

acción de inconstitucionalidad contra leyes que contradigan tratados internacionales de derechos humanos.

Esta reforma es histórica y es un parteaguas en la historia del Estado mexicano. Con esta reforma se consagra la constitución y los tratados internacionales de derechos humanos por encima de las leyes nacionales. Es decir, deja a un lado el paradigma tradicional del Estado de derecho legislativo en donde el legislador tiene la máxima voluntad positiva para dar paso a un nuevo paradigma en el que la base del derecho mexicano es la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

Aunque la reforma constitucional de derechos humanos modificó 11 artículos constitucionales, el parte medular es el artículo 1ro. antes citado. En primer lugar, el título del capítulo se ha modificado y ahora no se habla de garantías individuales sino de los **Derechos Humanos y sus Garantías**. Este no solo es un cambio de forma, sino de fondo ya que la palabra “derechos” y la palabra “garantías” significan cosas diferentes: los *derechos* son inherentes al ser humano y por lo tanto *reconocidos* por la Constitución, las *garantías* son mecanismos que otorga el Estado para la protección de esos derechos.

Con el cambio en el título y establecer los derechos humanos, hay un reconocimiento a la personalidad y dignidad al sujeto previa al Estado y éste lo que debe hacer es otorgar *garantías* es decir mecanismos para que en caso de que estos sean violados puedan repararse y sancionarse el daño por medio de las instituciones públicas. De ahí que, congruente con esta distinción, el artículo 1ro. establezca que “las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución”.

El reconocimiento de la personalidad y los derechos derivados de ésta es evidentemente una de las decisiones políticas más importantes ya que es a partir de la esa personalidad y esos derechos que se deben de construir las instituciones públicas. Es el reconocimiento del ciudadano en su sentido más amplio, del que pertenece a la ciudad y del que pertenece al Estado. Se define también una de las funciones del Estado o la función del Estado que es garantizar el goce y ejercicio de los derechos que se tienen como persona porque son la base de la dignidad humana. Esto es sin duda una decisión política.

Además inmediatamente se identifica otra decisión política fundamental:

el reconocimiento a la par de la Constitución de los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado Mexicano es parte. Tanto por el primer párrafo como el tercer párrafo transcrito que obliga a que las normas relativas a los derechos humanos sean interpretadas de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales. Este artículo incluso, para ciertos casos permitiría aplicar tratados internacionales por encima de la Constitución si es que estos dan una mayor protección a la persona. Esta reforma también es una decisión política fundamental a favor de los derechos humanos. La decisión política tradicional indicaba que la Constitución era la soberana, el centro máximo de poder. Esta decisión produce un cambio drástico respecto a esa idea de soberanía tradicional en el Estado de derecho clásico.

Esto no solo se establece a un nivel declarativo sino de obligaciones en específico para todas las autoridades del país y para el Estado en su conjunto en el ámbito de sus funciones para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, con base en los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Esto quiere decir, por ejemplo, para el Poder Legislativo, que las leyes elaboradas por este Poder deben de hacerse con una perspectiva de los derechos humanos y que estos deben ser la base de cualquier reforma legislativa; para el Poder Ejecutivo, que las políticas públicas y programas de gobierno se piensen desde una perspectiva de derechos humanos; y para el Poder Judicial se derivaron obligaciones muy particulares que ahondaremos en el apartado siguiente.

Esta reforma además de los puntos señalados que sin duda son los más importantes modifica algunos artículos de la Constitución de los cuáles derivarán obligaciones políticas y administrativas importantes. El reconocimiento del derecho de asilo y del carácter de refugiado así como el derecho de audiencia para personas extranjeras es una decisión política importante respecto al Estado y su relación con otros Estado o personas no nacionales.

La reforma al artículo 29 que es la suspensión o restricción de garantías -la decisión respecto del *estado de sitio* que Carl Schmitt vio el acto del soberano más importante- ha limitado tanto las garantías que pueden restringirse que el mismo Schmitt admitiría que ya no es la decisión política más importante. La reforma a la fracción X del artículo 89 constitucional que

establece como principio de política exterior la protección y defensa de los derechos humanos es también una decisión política que tendrá implicaciones muy particulares para el Estado mexicano en espacios internacionales. El fortalecimiento de las comisiones de Derechos Humanos también busca fortalecer instituciones públicas del estado mexicano.

No nos detenemos más en los contenidos de esta reforma pues tenemos todavía un punto muy importante que tocar en el proceso de constitucionalización que es el más importante de todos porque es justo el que va a definir un nuevo papel para el Poder Judicial que los situará como un actor político importante.

### **3.8 El Caso Rosendo Radilla y el control de convencionalidad**

La decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Rosendo Radilla<sup>105</sup> es uno de esos momentos judiciales más importantes de los últimos años y que transformará no sólo las formas de interpretación de la ley en México, sino que fortalecerá al Poder Judicial dando facultades a los jueces para dar nuevos sentidos a la Constitución y con ello decidir sobre las cuestiones políticas más importantes del Estado.

Rosendo Radilla Pacheco<sup>106</sup>, líder social del municipio de Atoyac de Álvarez en Guerrero, fue visto y detenido ilegalmente en un retén militar el 25 de agosto de 1974 en el Ex. Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, Guerrero.

La familia de Radilla denunció ante las instancias nacionales de procuración de justicia la detención y posterior desaparición forzada, ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos la cual concluyó con la recomendación 26/2001. Actualmente las investigaciones radican en la Coordinación General de Investigación dependiente de la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delitos Federales de la Procuraduría General de la República.

---

<sup>105</sup> <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=330>

<sup>106</sup> Esta síntesis del caso se elabora con base en la información proporcionada por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos: <http://cmdpdh.org/multiblog/blogs/blog2.php>

Ante la falta de respuesta por parte del Estado mexicano, el 15 de noviembre de 2001 se presentó el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que determinó una serie de recomendaciones a cumplir por parte del Estado mexicano. Sin embargo, por una falta de respuesta efectiva del Estado mexicano al cumplimiento de las recomendaciones, el 15 de marzo de 2008 la CIDH demandó al Estado mexicano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la violación al derecho al reconocimiento de personalidad jurídica (artículo 3), derecho a la vida (artículo 4), derecho a la integridad personal (artículo 5), derecho a la libertad personal (artículo 7), derecho a las garantías judiciales (artículo 8) y derecho a la protección judicial (artículo 25) en conexión con la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1), todos estos derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. Por su parte los representantes de las víctimas demandaron al Estado mexicano no sólo por los derechos consagrados en la Convención Americana sino también por violaciones a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

El 23 de noviembre la CoIDH emitió la sentencia sobre el caso, condenando al Estado mexicano por graves violaciones a los Derechos Humanos cuyas particularidades –que podrían ser parte de estudio por ejemplo respecto al fuero militar- se dejan del lado para analizar la partes trascendentales.

A partir de esta sentencia, la SCJN decidió por medio de un procedimiento de consulta a trámite analizar cómo se debería cumplir esta sentencia. En noviembre de 2010 la Corte inició la discusión del caso pero tras no haber consenso, se pospuso la discusión del caso. Unas semanas después de ser publicada la ya analizada reforma constitucional y con base en el artículo 1ro constitucional, ya citado y analizado, la Corte determinó la obligatoriedad de la sentencia CIDH sobre el caso Radilla en 2009 y por consecuencia de todas las sentencias que emita un órgano internacional de derechos humanos respecto al Estado mexicano. A estos elementos se agregó un factor extra jurídico, pero fundamental para esta decisión: la conjunción de criterios similares en los ministros y ministras de la SCJN que permitieron se formara una mayoría para tomar una decisión.

Además de la obligatoriedad de las sentencias y la forma en que deben de cumplirse el máximo tribunal constitucional del país decidió que en cumplimiento de esa sentencia el Poder Judicial en México está obligado a dejar de aplicar las leyes nacionales que vayan en contra de los derechos humanos reconocidos en la constitución mexicana y en los tratado internacionales en la materia. Ese es el llamado *control de convencionalidad* es decir, control de los contenidos de la Convención Americana para los Derechos Humanos. En la sesión del 12 de julio de 2011, el ministro Juan Silva Meza, presidente de la SCJN, preguntó “¿El Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes?” y la SCJN decidió, por mayoría de 7 votos, que sí. La segunda pregunta fue: “¿En términos de la propuesta del proyecto, el control de convencionalidad lo deben realizar solamente los tribunales de la Federación o todos los jueces del Estado Mexicano?” El Tribunal Pleno resolvió, también por mayoría de 7 votos, que la obligación de realizar este control de convencionalidad era para todos los jueces del Estado Mexicano.

El control de convencionalidad, oficioso y obligatorio a partir de esta decisión, consiste en dejar de aplicar normas contrarias a la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH). Al existir un control de convencionalidad se da también un control de constitucionalidad o control difuso, es decir, dejar de aplicar las normas contrarias a la Constitución. En ambos casos la norma contraria no es declarada inválida ni expulsada del sistema normativo.

Esto quiere decir, que todos jueces del país, federales y locales, incluyendo los de los Tribunales Administrativos como la justicia laboral, agraria y contenciosa-administrativa tienen la obligación de hacer valer los derechos humanos establecidos en la Constitución y la CADH frente a leyes nacionales que vayan en contra de ellas.

Esta es una transformación mayúscula en las facultades de interpretación y la aplicación del Derecho por parte de jueces y magistrados y crea un nuevo paradigma de interpretación jurídica.

Con esta decisión la Corte ha dejado atrás un criterio de interpretación constitucional anacrónico que restringía el control de constitucionalidad a la

SCJN y algunos Tribunales Federales. Esta decisión ha sentado las bases para construir un modelo de justicia constitucional que acerca la Constitución a los jueces y a los individuos, pues permite que desde la primera instancia, los primeros puedan acceder a ella para construir sus decisiones y proteger los derechos de los individuos.

Si bien la protección de los derechos humanos fue el punto de partida para esta histórica resolución, la decisión de la SCJN tiene alcances más largos pues con ella, la SCJN ha definido el modelo de justicia constitucional y le ha dado un nuevo significado a la función jurisdiccional. Se han reinterpretado las facultades del Poder Judicial y se le ha fortalecido, obligándolo a aplicar la Constitución y los tratados internacionales para tomar sus decisiones. Con estas nuevas formas de interpretación los jueces construirán nuevos significados que le darán un renovado sentido a la Constitución.

Más allá de lo jurídico, esta es una definición política importante y con una naturaleza política distinta a las anteriores. Las reformas constitucionales son reformas que hace el órgano reformador de la Constitución (en el caso mexicano el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados). Sin embargo, esta facultad de control de convencionalidad es una facultad que se otorga el Poder Judicial a sí mismo a partir de sus propias facultades y de los contenidos constitucionales. Con esta decisión vemos un Poder Judicial que ha adquirido conciencia política de sí mismo y reflexiona sobre su relación con los otros poderes y el rol que juega dentro del contexto político-social de nuestro país y su responsabilidad con las personas. El Poder judicial despierta y se hace consciente de su papel político como defensor del Estado constitucional democrático.

Con todas estas reformas el Estado mexicano se ha transformado en un Estado constitucional ya que, como queda demostrado en este capítulo formal y sustancialmente se han transformado los paradigmas sobre los que se construyó el sistema jurídico mexicano. Esto implica una transformación cuyas consecuencias por lejanas son imposibles de prever.

En el siguiente capítulo, al desarrollar las conclusiones se plantearán líneas de investigación algunas sobre las posibles consecuencias de esta transformación.

## Capítulo IV. Conclusiones.

A continuación se presentan las conclusiones. El orden en el que se presentan es el mismo orden en el que ha sido planteado el desarrollo de este trabajo de investigación para concluir si la hipótesis de investigación planteada se comprueba o no. Esta hipótesis se planteó en los siguientes términos:

La *constitucionalización* del Estado –que se refiere al proceso de transformación de un *Estado de Derecho* a un *Estado constitucional*- modifica la estructura y facultades del Poder Judicial al otorgársele facultades de control constitucional con lo que se le da un mayor peso a las decisiones judiciales -a este proceso le llamamos *judicialización* de la constitución- que definen los problemas políticos relacionados con la constitución y esto ha traído como consecuencia la *politización* visible del Poder Judicial. Esta transformación se ve reflejada en el caso del Poder Judicial en México que ha sido reformado y fortalecido políticamente ya que sus decisiones definen en última instancia el contenido constitucional y define así las relaciones políticas entre los poderes del Estado; entre estos poderes y las personas; y en las relaciones entre particulares.

Esta hipótesis suponía la existencia de una premisa previa y esa es que la *constitución* tiene una naturaleza política. Esta premisa ha sido mostrada desde las conceptualizaciones teóricas sobre lo que es la *constitución*. No puede ser vista solo como un objeto de estudio de la ciencia jurídica o del derecho constitucional por lo complejo y lo profunda de sus significados. Sus manifestaciones particulares dan cuenta de su uso político discursivo y de su importancia social. La historia del concepto ha estado ligada a la teoría y a la filosofía política, después a la teoría de la *constitución* y del Estado, teorías relacionadas con la política y lo político.

Desde la historia también, la Constitución ha estado ligada a procesos políticos. Desde la *Constitución de los Estados Unidos* de 1776 encontramos que las constituciones de los Estados modernos nacen en contextos revolucionarios en los que de fondo se pelea por el Poder político. Los colonos en América del Norte y posteriormente las independencias del resto del

continente americano fueron luchas políticas por una soberanía que veían su conclusión con la elaboración de una Constitución.

La historia constitucional mexicana muestra también ese carácter político de la Constitución. La Constitución de 1917 es posterior a la Revolución cuyos postulados políticos y sociales quedaron “consagrados” en el texto constitucional. La evolución de la constitución mexicana desde esa fecha al día de hoy puede leerse en los diferentes acuerdos políticos que precedieron a cada una de las reformas que se han hecho a la misma.

La *constitución* tiene entonces una naturaleza política que se manifiesta desde su origen y la conformación de la unidad política que la precede. Es político porque tiene que ver con la conformación de la unidad política y con el poder que la rige. Ese poder político del grupo social una vez obtenido por medio de diferentes tipos de lucha debe de establecerse, asegurarse y perpetuarse por medio de la *Constitución*. De ahí que no se pueda negar esa naturaleza política.

Al argumentarse de esta forma respecto a la constitución se está argumentando también por la necesidad de llevar a cabo estudios sobre la constitución, los jueces, el Derecho y los derechos fundamentales desde otras ciencias sociales. El positivismo jurídico especializó la ciencia jurídica para la ciencia jurídica, pero el Estado constitucional reclama acercamientos y explicaciones desde diferentes disciplinas sociales.

Esta necesidad se ve reforzada con los argumentos expuestos sobre una conceptualización de la Constitución como un estadio cultural y la teoría constitucional como ciencia de lo cultural que aporta Häberle. Es una construcción cultural occidental con ciertas ideas o principios fundamentales que se repiten prácticamente en todos los estados y tienen como base una idea de dignidad humana cuya representación más elaborada son los derechos humanos. Además es cultural en el sentido de que cada uno de los estados le da a sus constituciones una serie de contenidos particulares propios de la cultura de cada uno de los pueblos por lo que no podemos concebir el *Estado constitucional* como algo homogéneo sino más bien diverso en sus manifestaciones particulares pero bajo los mismos principios constitucionales como la dignidad humana y la democracia.

Al desarrollar la teoría constitucional contemporánea se demostró no solo que el significado de *constitución* se ha transformado sino que en términos generales se ha presentado un cambio en el modelo estatal: la transformación del Estado de Derecho al Estado constitucional.

En el Estado de Derecho, la *constitución* es un documento político que es considerado el fundamento de las leyes en tanto que son hechas mediante un proceso establecido en ella. En el modelo de *Estado constitucional* al darle una naturaleza distinta a la constitución cambia su significado y su función dentro del Estado. Cambia su significado porque deja de ser un documento político para convertirse en un orden jurídico aplicable. Esto es una transformación fundamental en estos procesos. Cambia su función porque la constitución se convierte en un instrumento para la protección de los derechos humanos, le da unidad a un sistema jurídico con una diversidad amplia de fuentes y regula las relaciones y equilibrio de poderes. Esto es el proceso de *constitucionalización* del Estado. Este modelo existe en la teoría con características similares, es decir, estamos en presencia de un verdadero consenso teórico respecto a la *constitucionalización* del Estado y cuyas manifestaciones en los Estados contemporáneos son cada vez más comunes.

Otra de las conclusiones importantes que se obtienen al estudiar la teoría constitucional contemporánea es también las formas en las que se aborda el tema de la *democracia*. El *Estado constitucional* es un modelo que persigue la democracia como fin político. Ésta es sin duda una de las principales transformaciones en el modelo constitucional. Las críticas que en los últimos años se han hecho a la democracia liberal-representativa se hacen presentes en los autores que proponen la transformación del Estado. La democracia representativa garantiza decisiones mayoritarias pero éstas no necesariamente son democráticas, al contrario, se han caracterizado por ser excluyentes de ciertos sectores de la sociedad. Por lo tanto, unas de las principales aportaciones son los nuevos significados que tiene en el concepto de *constitución* propuesto por el Estado constitucional y que define los contenidos de la democracia.

La democracia constitucional no es una democracia formal o de mayorías, es una democracia plural o sustancial, es decir, una democracia que limita el ejercicio mayoritario por la protección a los grupos sociales minoritarios

y establece ciertas decisiones *indecidibles* para los ciudadanos dentro de una democracia. Por ejemplo: los contenidos de los derechos humanos. Estos contenidos constitucionales definen de una manera diferente a la democracia. Este es un argumento más respecto a la importancia política de la *Constitución*.

La naturaleza política de la Constitución no cambia con el *Estado constitucional* al contrario se profundiza porque se convierte en un mecanismo efectivo que regula y afecta el espacio público y de la que cada vez se hace un uso mayor por parte de la sociedad y de los poderes públicos. La *constitución* se convierte en instrumento que establece una serie de derechos de personas y una serie de facultades entre los órganos públicos que en un momento determinado deberán de aplicarse a los casos particulares y de esta manera se convierte en el eje mediador de las relaciones políticas entre las personas y el Estado, entre los poderes públicos del Estado.

Derivado de este proceso de *constitucionalización* se ha dado un proceso de *judicialización* de la Constitución. Es decir, la *constitución* es un instrumento jurídico que puede ser exigido y defendido en el ámbito jurisdiccional y es el Poder Judicial el que determinará en última instancia sobre lo *constitucional*. De esta manera el Poder Judicial y particularmente las Cortes Supremas o Tribunales constitucionales han adquirido un papel determinante en las decisiones políticas. Esto se debe a dos razones: la primera, el cambio de las instituciones jurídicas que permiten ahora una mayor participación del Poder Judicial; en segundo lugar, un cambio en las estrategias de los actores políticos que han determinado solicitar la satisfacción de demandas al Estado por el frente del aparato judicial.

De este proceso se deriva su *politización*. Si la *constitución* tiene una naturaleza política todo lo relacionado con ella se habrá de politizar. Es el caso del Poder Judicial. Al tener este Poder y en particular las Cortes constitucionales, éstas han vivido un proceso de *politización* jugando un papel fundamental en el ejercicio de poder. En el desarrollo de este trabajo hemos insistido en llamarle un proceso de *politización visible*. La razón de ello es que la *politización de la justicia* no debe de verse como un proceso reciente pues siempre los jueces han tomado decisiones políticas en todos los sentidos y por diferentes razones. Sin embargo, esa actuación política pasaba desapercibida. Con la *judicialización* de la Constitución, los jueces ya no pueden pasar

desapercibidos y por eso es que la *politización* se ha hecho visible. Este fenómeno da lugar al llamado activismo judicial que discute sobre las posibilidades de que los jueces se conviertan en defensores de causas políticas y sociales. La *politización* es un proceso *en abstracto* que puede ser virtuoso porque se refiere a las decisiones que influyen en el ámbito de lo público de acuerdo a ciertos autores. Incluso algunos hablan de la necesidad de ese activismo judicial a favor de una democracia representativa. Sin embargo, no deja de tener riesgos ya que el activismo judicial también puede ser para conservar ciertas situaciones políticas y sociales.

Con todo este tipo de decisiones judiciales sobre la *división de poderes* y de los *derechos humanos*, entendidos estos de manera amplia el Poder Judicial puede jugar un papel fundamental en la vida democrática del Estado. Entender la división de poderes de manera amplia supone sobrepasar la visión de la división de poderes horizontal de los Poderes públicos: ejecutivo, legislativo y judicial, sino también vertical: global, nacional, local y municipal, o una división de poderes social entre el Estado y la sociedad civil. De igual forma los derechos humanos deben de entenderse de manera amplia pero no subjetiva por lo que la amplitud estará dada exclusivamente por las diferentes fuentes reconocidas para ello.

Este modelo de *estado constitucional* no es solo una propuesta teórica. El capítulo III de este trabajo demuestra que en el Estado mexicano se ha dado la transformación del modelo de *Estado de Derecho* al *Estado constitucional* mediante una serie de reformas que le han otorgado al Poder Judicial en el país facultades para decidir sobre los contenidos de la Constitución mexicana y en la defensa de los derechos humanos. Con ello la Suprema Corte de Justicia ha fortalecido su presencia política y se ha convertido un agente central en los que la sociedad está depositando su confianza para la defensa de sus derechos. Al día de hoy, estas reformas paradigmáticas son tan recientes que no podemos saber el día de hoy cuáles serán sus consecuencias aunque en algunos casos ya han dado muestras de su importancia con algunas decisiones de los tribunales nacionales particularmente el Tribunal electoral.

La teoría indica que con esas transformaciones de paradigmas y el establecimiento de un *Estado constitucional* se está fortaleciendo la democracia ya que por medio de este se protegen mejor los derechos

humanos, no solo los de las personas sino de los grupos. La aplicación de este modelo dependerá de que los jueces entiendan el nuevo papel que juegan en el *Estado constitucional*. Al parecer la SCJN en México lo está haciendo. Un estudio a futuro podría investigar la forma en la SCJN ha reinterpretado su propia naturaleza como tribunal constitucional y cómo ha interpretado la *constitución*.

Una conclusión extra que también busca abrir un espacio de discusiones es que ante el fortalecimiento del Poder Judicial, el Poder Legislativo debe también de fortalecerse y de repensarse en esa nueva forma de democracia que propone el *Estado constitucional*. Esto es algo fundamental ante las amenazas de quienes temen que se podamos pasar a un gobierno de jueces. Si se continua debilitando el Poder Legislativo se abonaría el camino para la antesala de un *Estado judicial* que sería contrario a la propia constitución y la democracia. El legislador habrá de repensarse frente al juez. Cada una de las decisiones que toman ambas son ejercicios de poder que no pueden enfrentarse sino que deben de ir en coordinación y procurando el bien común y el interés general. Otros estudios deberán de apuntar respecto a lo que deberá hacer el legislador toda vez que ya no tiene en monopolio de lo constitucional.

## Bibliografía

- Joaquín Fernández de Lizardi, *Constitución Política de una República Imaginaria*, PRI-CEN, Materiales de Cultura y Divulgación Política Mexicana 19, México, (1975) facsimilar, 1987.
- Habermas, Jürgen, *¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?*, en Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (editores), *La Constitucionalización de Europa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México, 2004.
- Hannah Arendt, *Sobre la Revolución*, Madrid, Ediciones de la revista de Occidente, 1967.
- Aristóteles, *Política*, México, UNAM-BIBLIOTHECA SCRIPTORVM GRAECORVM ET ROMANORVM MEXICANA, 2000.
- Cicerón, *La República*, Gernika, México, 1993.
- Guillermo F. Margadant, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1991.
- Raúl González Schmall, *Programa de Derecho Constitucional*, UIA-LIMUSA, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Magna Carta*, Great Britain, The British Library, (1977) 1999.
- Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.
- Enrique Sánchez Bringas, *Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 1998.
- Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una Constitución?*, Ed. Gernika, México, 2005.
- Herman Heller, *Teoría del Estado*, FCE, México, (1942) 2002.
- Habèrle, Peter, *El Estado constitucional*, México, IJ-UNAM, 2001.
- Zagreblesky, Gustavo, *El Derecho Dúctil, Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid. (1995) 2007.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil* Madrid. Trotta. (1999) 2004.
- Boaventura de Sousa Santos, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*. Madrid/Bogotá, Editorial Trotta/ILSA. 2009.
- Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, México, UNAM-IJ, 2011.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Páginas electrónicas consultadas:

<http://www.senado.gob.mx>

<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=330>

<http://cmdpdh.org/multiblog/blogs/blog2.php>

<http://www.eluniversal.com.mx/>

<http://www.jornada.unam.mx/>

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/rc133.pdf>

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>

[www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)