

## LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO; PARCIALIDAD EN LA DEFENSA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Alberto SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Antecedencia de la justicia constitucional.* III. *Legitimidad democrática constitucional en el examen legislativo, otros actos y peripecias.* IV. *Permiso constitucional de una justicia constitucional local y la parcial defensa de la supremacía constitucional en las controversias constitucionales.* V. *Bibliografía.*

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Necesidad imperiosa ha resultado a través del tiempo que algún órgano, de naturaleza política o jurídica, sea el revisor de actos de autoridad que presuntamente vulneran los derechos de la población —ya sea en materia civil, penal o administrativa—, a la que debe su existir esa figura abstracta denominada Estado.<sup>1</sup> En este trabajo nos referiremos muy escuetamente a lo concerniente a contravenciones de la ley fundamental. Para ello resulta necesario analizar las circunstancias que orillaron al nacimiento de los dos grandes sistemas de control constitucional: difuso y concentrado, así

<sup>1</sup> Aunque el término Estado no es antiguo, es decir, como un ente que depende de elementos materiales y formales, que además está dotado de soberanía, la cual reside en el pueblo, cuando decimos a través del tiempo, nos referimos a toda aquella organización social que ejercía un control específico sobre sus súbditos, que aún no reconociendo derechos, preveía algún instrumento revisor de actos de un inferior. *Verbi gratia*, cfr. Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 2a. ed., México, Delma, 1999, pp. 116-123.

como sus ventajas y desventajas, opiniones a favor y en contra, para poder estar en aptitud de analizar el caso mexicano respecto de la instauración de medios de control constitucional en el ámbito local. Advertimos que el estudio del presente tópico es muy amplio, por lo que asumo la responsabilidad de la sucintas con la que lo abordaremos.

Este sencillo trabajo no escapa de un control metodológico, por lo que al final de éste trataremos de demostrar las siguientes hipótesis: 1. la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite una jurisdicción estatal propia respecto a materias específicas, lo que procura un real y efectivo respeto competencial de los órganos estatales; y para ello, 2. resulta necesaria la regulación constitucional local de la actuación de los órganos encargados para realizar el examen constitucional de leyes y actos.

## II. ANTECEDENCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Para cumplir el objetivo de este trabajo debiera ser obligatorio remontrarnos a la antecedencia de nuestro objeto de estudio, para así poder conocer los factores que orillaron a la sistematización de esta novedosa rama jurídica, entendiéndola como el conjunto de instrumentos jurídicos y políticos que desempeñan el papel de guardianes del orden jurídico constitucional. Resulta, pues, de suma importancia entender el proceso de evolución de la defensa de un determinado orden jurídico. Así que abordaremos dos etapas: la primera concerniente al nacimiento material, en un Estado republicano, federal, soberano, autónomo, presidencialista y democrático, de un control constitucional difuso de las leyes, nos referimos al célebre *chief justice* de la Supreme Court norteamericana, John Marshall. La segunda corresponde al estudio del sistema de control constitucional iniciado por el excelso jurista austriaco Hans Kelsen, quien legó al mundo entero la idea de un tribunal constitucional que ejerciera un control formal y concentrado de la constitucionalidad, instaurándolo a través de la carta magna austriaca de 1920.

Es menester mencionar que éstos no son los únicos antecedentes de la justicia constitucional, pero sí son los más apropiados para la finalidad requerida por nuestro estudio, y al decir apropiados queremos expresar que estos antecedentes cuentan con un cúmulo importante de doctrina a sus espaldas, además de una sistematización de los mismos.

### 1. Siglo XIX, su nacimiento; John Marshall

James A. C. Grant<sup>2</sup> ha expuesto que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review of legislation*)<sup>3</sup> es una contribución de las Américas a la ciencia política, pues representa una idea realizada en los Estados Unidos en el siglo XVIII y difundida en el curso del siglo XIX a todo el mundo. De ahí que aquel autor conciba dicho control constitucional de manera conjunta con la tipología doctrinal respecto a las Constituciones rígidas —como la estadounidense— y flexibles como la Constitución inglesa (que dicho sea de paso es una norma fundamental no escrita);<sup>4</sup> de la anterior guisa, desde una perspectiva *a priori*, concluimos que una Constitución es real y efectivamente una ley fundamental cuando no puede ser modificada por medios ordinarios, como los actos legislativos —en donde operaría el principio de *lex posteriori derogat priori*—; y si negáramos lo anterior, entonces “... quiere decir que las Constituciones escritas no son otra cosa que absurdas tentativas de limitar un poder que es, por su naturaleza, ilimitable”.<sup>5</sup>

En el caso *Marbury vs. Madison*, Marshall aduce en su resolución del 24 de febrero de 1803 —o al menos eso interpretamos—,<sup>6</sup> que la observancia y, por lo tanto, respeto de la ley fundamental deviene de la su-

<sup>2</sup> Véase Grant, James A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, citado por Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, p. 43.

<sup>3</sup> El control difuso de la constitucionalidad nace en los Estados Unidos a principios del siglo XIX. En el constituyente de Filadelfia de 1787, ya se había planteado la necesidad de defender a la Constitución, pero a pesar de la importancia de un control constitucional, decidieron no incluirlo en la Constitución, y seguir con la doctrina francesa, nacida en la Ilustración, alimentadas por los ideales de Montesquieu (Carlos Luis de Secondat), John Locke y Jean Jacob Rousseau. Esta doctrina francesa a la que me refiero, supone un control constitucional, pero de tipo político, la cual descansa en la mal llamada “división de poderes”, que supone un sistema de pesos y contra pesos.

<sup>4</sup> El paréntesis es nuestro; la línea argumentativa de Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 2, pp. 44 y 45.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>6</sup> Pasarían muchos años para que esta famosa sentencia se convirtiera en un *leading case* (es decir, caso líder, que orienta y sirve de fundamento a lo que viene después), pero sin duda inauguró formalmente el control de la constitucionalidad a través del Poder Judicial.

premacía constitucional inserta en aquélla,<sup>7</sup> y por ello disfruta de la más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico de referencia. Para entender la argumentación que lleva a Marshall a inaplicar una ley ordinaria (procedimiento no previsto en la Constitución estadounidense), es necesario analizar *grosso modo* la sentencia de referencia, que dicho sea de paso, algunos doctrinarios la califican como la más famosa del mundo. Pero antes, con la intención de no dejar detalle en el tintero, advertimos que “... el control judicial por jueces federales [por lo menos en América] se ejerció por primera vez en el año 1790”;<sup>8</sup> y lo volvió a ejercer en 1795 en el caso *Carriage tax (Hylton vs. EU)*. Pero ese control que ejercieron los tribunales de circuito, y el supremo tribunal, en materia fiscal, no fue un precedente suficiente como para interpretar, de la manera que lo hizo Marshall, que la Constitución implícitamente concede facultades al Poder Judicial para protegerla de actos y leyes inconstitucionales. Antes de narrar los hechos litigiosos de caso en comento, nos es necesario plantear el aspecto más interesante de la teoría de Montesquieu respecto de la separación de los órganos judicial y legislativo, teniendo en cuenta los siguientes tres aspectos:<sup>9</sup> el legislativo no debe invadir la esfera judicial —es decir, no debe invalidar los actos que aquél haga en el ejercicio de

<sup>7</sup> El principio de referencia se manifiesta en el artículo VI, segunda cláusula, de la Constitución federal norteamericana, lo que transcribimos a la letra: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”. Dicho sea de paso, el mismo principio se manifiesta en el artículo 133 de la Constitución mexicana, con la diferencia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que en dicho numeral —conjuntamente con diversos numerales de la misma— no existe ninguna permisión para realizar un control difuso de la constitucionalidad, ya que únicamente el Poder Judicial de la Federación puede realizar un verdadero control de ese tipo. Al respecto, véase Gudiño Pelayo, José de Jesús, “Lo confuso del control difuso de la Constitución, Propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 3, enero-junio de 2005.

<sup>8</sup> Wolf, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 115; citado por Eto Cruz, Gerardo, “John Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 37.

<sup>9</sup> Rabasa, Óscar, *El derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del “common law”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, pp. 597-599.

sus funciones—; el juez está vetado para dictar sentencias con efectos *erga omnes* o de observancia general; el juez no puede anular ni impedir los actos que realice el legislativo en su esfera competencial. Lo anterior fue necesario para tener una idea más clara del impacto que tuvo la decisión del juez Marshall.

Ahora sí, los hechos que se controvertían eran los siguientes: William Marbury entabla una acción judicial ante el Tribunal Supremo a través de una especie de mandamiento (*writ of mandamus*), con el fin de que se notificara a Madison, que era el secretario de Estado nombrado por el presidente Jefferson, que cumpliera entregando el decreto de su nombramiento, lo anterior invocando una ley de 1789 llamada *judiciary act*, la cual permitía expedir tales nombramientos.<sup>10</sup> En la sentencia Marshall reconoce el nombramiento de Marbury, y el derecho que le asiste a que se le notifique, pero además razona que, según la Constitución de los Estados Unidos de América, el Tribunal Supremo de la Federación es sólo una instancia de apelación, por lo que la *judiciary act* de 1789 resultaba claramente inconstitucional, pues preceptuaba la posibilidad de acudir directamente a dicho Tribunal Supremo. Marshall demoró en resolver el caso dos años, y al final no le dio la razón a nadie, en palabras de García Belaunde: “se fue por la tangente apelando al principio de la supremacía de la Constitución”.<sup>11</sup>

Lo que llama la atención es que no hubieron reacciones en contra de la interpretación de Marshall, aun sabiendo que lo había deducido discrecionalmente (facultad no otorgada por ley alguna) de la Constitución, y que la misma, no aceptaba ningún control constitucional de ese tipo en el constituyente de Filadelfia en 1787. En este sentido, nos dice Eto Cruz, “el texto constitucional de los Estados Unidos no dice expresamente nada sobre el control judicial... fue deducido implícitamente por el juez John Marshall”.<sup>12</sup> Lo que sí es imaginable es el hecho de que el fallo benefició al gobierno, y por ello, no expresó su desagrado ante sendo precedente que Marshall había inaugurado: el *judicial review*. Entonces, estamos en aptitud de afirmar que este control difuso de la constitucionalidad se originó por una conveniencia política y no jurídica. Lo anterior llevó al

<sup>10</sup> SCJN, *Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos*, México, Color, 2004, pp. 81-87.

<sup>11</sup> García Belaunde, Domingo, “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 8, p. 305.

<sup>12</sup> Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, nota 8, p. 57.

órgano judicial a detentar la confianza del pueblo estadounidense y así lograr una legitimación democrática.<sup>13</sup>

Thomas Jefferson expresaba en 1804 al ex presidente John Adams, lo que luego sería fundamento de la teoría del poder contramayoritario de los jueces:

Nada en la Constitución ha dado a los jueces un derecho para decidir sobre el ejecutivo, como tampoco al ejecutivo para decidir sobre ellos (...). La Constitución quiere que los poderes se contrapongan y se balanceen entre sí. Pero la opinión de que la Constitución ha dado a los jueces el derecho de decidir lo que constitucional y lo que no lo es, no sólo en su propia esfera de acción, sino también en las del Legislativo y el Ejecutivo, haría del Poder Judicial un poder despótico.<sup>14</sup>

La sentencia provocó un desastre en las altas esferas del gobierno y de los grupos políticos, así lo comprobó el mismo Jefferson. De hecho, Marshall no volvió a utilizar el control constitucional, así como jamás volvió a inaplicar una ley durante su larga carrera judicial, es decir, pasaron 32 años y el *chief justice* no volvió a invocar tal principio. Esto sin duda da mucho que pensar. El control judicial se volvió a utilizar en 1857, en el caso *Dred Scott vs. Sandford*, bajo otra composición de la Suprema Corte y con otro presidente, el juez Tanney, y de ahí empieza a tener importancia el aludido control hasta fines del siglo XIX. En palabras de Ángel Fernández, "... la sentencia entiende, pues, que dicha competencia contradecía a la Constitución, en base a lo cual, inaplicándola, el Tribunal Supremo rehúsa pronunciarse y declara en terminología actual la inadmisibilidad de la demanda por falta de jurisdicción".<sup>15</sup>

Como hemos podido constatar, Marshall interpretó a la Constitución norteamericana, de una manera excepcional. Eto Cruz señala con relación al caso *Marbury vs. Madison*, que "... entre la ubérrima cantidad de fallos, el proceso que entablara *Marbury* en contra del secretario de Estado *Madison*, en el régimen de *Jefferson*, es el que brilla con luz propia en

<sup>13</sup> Epígrafe 3.

<sup>14</sup> García de Enterría, Eduardo, *Democracia jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 1995, p. 161; citado por Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, nota 8, p. 40.

<sup>15</sup> Fernández Sepúlveda, Ángel, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema*, Madrid, 1985, pp. 75 y 76; citado por Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, nota 8, p. 39.

el mundo cosmopolita del derecho”.<sup>16</sup> La doctrina considera que el *chief justice* al inaugurar el *judicial review* usó como fundamento base los textos de la reconocida obra política *El federalista*, de Hamilton, Madison y Jay, textos que se escribieron para, de una u otra forma, defender a la Constitución. Me permito transcribir una parte de un texto de Alexander Hamilton en su artículo número 78:

No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a ésta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales (...). Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurre que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; entre otras palabras, debe preferirse la constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.<sup>17</sup>

Sobre el mismo planteamiento, no podemos dejar de analizar a Alexis de Tocqueville, cuando expresa de manera certera que “El juez americano... está revestido de un inmenso poder político... los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la constitución más que en las leyes ... se les permite la no aplicación de las leyes que les parezcan inconstitucionales”.<sup>18</sup> Y concluye el autor en cita que en los Estados Unidos la Constitución está por encima:

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 47 y 48.

<sup>17</sup> Hamilton, A. *et al.*, *El federalista*, 2a. ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 332; en el siguiente párrafo concluye diciendo: “Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”.

<sup>18</sup> Tocqueville, Alexis Clérel, *La democracia en América*, España, Sarpe, 1984, t. I, p. 110.

... tanto de los legisladores como de los simples ciudadanos. Es pues la primera de las leyes, por lo que ninguna puede modificarla. Por tanto es justo que los tribunales obedezcan a la Constitución con preferencia a todas las leyes. La esencia misma del Poder Judicial consiste en escoger entre las disposiciones legales aquellas que la desarrollan más estrechamente, lo que constituye en cierto modo, el derecho natural del magistrado.<sup>19</sup>

Carlos Santiago Nino ha sostenido que la sentencia de Marshall pone de manifiesto una lógica en apariencia arrolladora que la denomina lógica de Marshall, se trata de argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad que “exhiben una claridad tan prístina y una consistencia tan increíble”<sup>20</sup> que uno se encuentra tentado a hablar de dicha *lógica* y que se presenta de la siguiente forma:<sup>21</sup>

Premisa 1: La obligación del Poder Judicial es aplicar la ley.

Premisa 2: Cuando existen dos leyes contradictorias, la aplicación de una de ellas excluye la aplicación de la otra.

Premisa 3: La Constitución es la ley suprema y define cuándo otras normas son ley.

Premisa 4: La supremacía de la Constitución implica que cuando ésta está en conflicto con una norma sancionada por la legislatura, la última carece de validez.

Premisa 5: Si la premisa 4 no fuera verdadera, la legislatura podría modificar la Constitución a través de una ley ordinaria y, de este modo, la Constitución no sería operativa para limitar a esa legislatura.

Premisa 6: La legislatura está limitada por la Constitución.

Premisa 7: Si una norma no es una ley válida, ésta carece de fuerza obligatoria.

Conclusión: Si una norma sancionada por la legislatura es contraria a la Constitución, esa norma no debe ser aplicada por el Poder Judicial.

Sin embargo, Nino sostiene que dicha *lógica* no es tan sólida, y argumenta que las premisas 4 y 5 del razonamiento de Marshall carecen de sustento, y, por lo tanto, lo mismo ocurre con la conclusión de su razonamiento. La facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es un arreglo contingente de ciertos sistemas jurídicos,

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>20</sup> Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 261.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 261 y 262; así como Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, nota 8, pp. 54 y 55.

que puede no darse aun cuando cuenten con una Constitución suprema.<sup>22</sup> Dejamos así este tópico, puesto que su estudio a fondo lo haremos más adelante.<sup>23</sup>

Sin embargo, no es óbice comentar que la anterior argumentación o lógica —como lo ha expresado Nino de Marshall— se suscita como respuesta de actos despóticos de los gobernantes, por ello no se debe restar importancia a su interpretación; además que el razonamiento de que las leyes y actos no pueden en un sistema jurídico y democrático que se precie de serlo, contravenir a la norma suprema que les da validez, cimbra cualquier postura que del tema se tenga.

A propósito de la decisión tomada en respeto de la supremacía constitucional, Óscar Rabasa refiere que ésta surge en los Estados Unidos, en donde “... la Constitución es la ley suprema de toda la nación, las leyes que dicte el Poder Legislativo en oposición a ella son nulas y que, en consecuencia, el Poder Judicial está facultado para examinar la validez y constitucionalidad de toda la ley del Congreso que está en pugna con el código fundamental de la nación”. Siendo contraria dicha argumentación a la sostenida en los Estados que reconocen una supremacía parlamentaria, como el francés.<sup>24</sup>

Hasta este momento hemos analizado los por menores del origen del control difuso de la constitucionalidad, mejor conocido como *judicial review of legislation*.<sup>25</sup>

## 2. Siglo XX, su perfeccionamiento; Kelsen vs. Schmitt

La paternidad del control concentrado de la constitucionalidad se la debemos al ilustre jurista austriaco Hans Kelsen. En 1920, por orden del Estado austriaco, diseña un tribunal que se debía encargar, por vía de acción, de resolver controversias en materia constitucional. La tesis de un control concentrado de la constitucionalidad supone que sólo un tribunal puede decidir en materia de constitucionalidad, y los demás órganos jurisdiccionales sólo deben encargarse de cuestiones de legalidad. En teo-

<sup>22</sup> Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, nota 8, pp. 54 y 55.

<sup>23</sup> Epígrafe número 3.

<sup>24</sup> Rabasa, Óscar, *op. cit.*, nota 9, p. 600.

<sup>25</sup> Para mejor comprensión del tema es necesario leer la sentencia completa, pues sólo así se puede percibir la maestría del pensamiento del que ha sido el más grande juez que ha tenido los Estados Unidos de América.

ría, este supremo tribunal no debe depender del órgano judicial, pues se le considera como un cuarto poder.<sup>26</sup> Regresando al tema, lo anterior nos da pauta para señalar que este control es totalmente contrario al difuso impuesto en los Estados Unidos de América.

A continuación analizamos su contenido:

1. En el difuso, todos los jueces (todos los órganos del Poder Judicial federal o local) pueden dejar de aplicar una norma por considerarla inconstitucional. En el concentrado, sólo un órgano puede decidir cuestiones de constitucionalidad (el Tribunal Constitucional).

2. En el difuso, la inconstitucionalidad se plantea por la vía de excepción, es decir, como una cuestión accesoria al juicio principal, que surge dentro de éste y que para resolverlo primero habrá que decidir sobre la cuestión de inconstitucionalidad. En este sistema es necesario que la inconstitucionalidad de tal o cual acto o ley, se suscite dentro de una controversia, para que por dicha vía se pueda conocer. En el concentrado, la inconstitucionalidad se plantea por vía de acción, aquí la cuestión es independiente a una controversia principal. El único autorizado para conocer la inconstitucionalidad será el tribunal de constitucionalidad.

3. Podemos decir que el control difuso está inmerso en el Poder Judicial, actuando como un órgano de ámbito constitucional, decidiendo sobre los otros poderes (poder contramayoritario). En el concentrado, la jurisdicción del ámbito constitucional lo tiene exclusivamente el tribunal constitucional.

4. El control concentrado de la constitucionalidad, por lógica, exige una magistratura especializada, llamada magistratura constitucional. En el control difuso, la magistratura no es especializada, porque cualquier juez —ordinario— puede conocer de cuestiones de constitucionalidad.

<sup>26</sup> Debe conceptuarse a este *cuarto poder* como un orden distinto a los ámbitos federal y local, es decir, como un ámbito *constitucional*, y en esa tesitura, debe existir en todo Estado democrático y constitucional de derecho, órganos que velen sobre aquél. El ilustre jurista mexicano Ulises Schmill Ordóñez considera que en el ámbito constitucional se realizan cuatro funciones: reformas o adiciones a la Constitución; reforma a la Constitución en su aspecto geográfico; suspensión de garantías y; el control de la constitucionalidad. Claro está que los órganos encargados de realizar dichas funciones, por lo menos en el sistema jurídico mexicano, resultan ser de naturaleza política y jurisdiccional. *Cfr.* Cossio Díaz, José Ramón, y Pérez de Acha, Luis M., *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 2003, pp. 24-27.

A continuación se estudian los argumentos que llevaron al ilustre jurista austriaco a diseñar este control constitucional, que tuvo un auge importantísimo en toda Europa en el segundo y tercer cuarto del siglo XX.

Niceto Alcalá Zamora y Castillo<sup>27</sup> señaló a Hans Kelsen como el padre del derecho procesal constitucional,<sup>28</sup> siendo aquel afamado procesalista el primero en utilizar este término, allá por los años cuarenta del siglo pasado.

Pero surgen cuestiones interesantes en torno a este precipitado nombramiento por parte del maestro Niceto, y esto es en cuanto al alcance de sus palabras al nombrar al jurista austriaco como el padre del derecho procesal constitucional. Como ya dijimos líneas atrás, Kelsen ideó un control concentrado de la constitucionalidad a través de su tribunal constitucional, pero de esto, a afirmar lo anterior, hay mucha diferencia. Los grandes doctrinarios del derecho procesal constitucional, afirman que Kelsen sistematizó lo que más adelante se denominaría derecho procesal constitucional.

También el doctor Fix-Zamudio, ilustre jurista mexicano, fija como fecha de inicio del derecho procesal constitucional 1928, año en el cual Kelsen publica su magistral estudio sobre la jurisdicción constitucional,<sup>29</sup> en donde por primera vez un documento científico utiliza los términos

<sup>27</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 1991, pp. 214 y 215.

<sup>28</sup> El derecho procesal constitucional lo podemos conceptuar, de una manera demasiado amplia, como un conjunto de instrumentos concatenados a ejercer un control de la constitucionalidad en determinado Estado. Esto presupone dos cosas: la primera, que alguien reuniera y enunciara todos los instrumentos, tanto jurídicos, como políticos, que de una u otra forma protegen el orden constitucional. Y la segunda, que se sistematizaran esos procedimientos. Es por ello que a Kelsen no se le puede imputar tal paternidad de la rama híbrida del derecho constitucional y procesal, pero desde luego que es justo reconocerle la paternidad del control concentrado de la constitucionalidad, por haber diseñado un órgano especializado que conociera cuestiones de constitucionalidad.

Hay quienes cuestionan la posibilidad de hablar sobre un derecho procesal constitucional (princiando con distinguir la noción genérica de proceso y procedimiento), y únicamente reconocerlo de forma muy *sui generis*, comprendiendo una pluralidad de perspectivas que deben reconstruirse alrededor de bienes jurídicos múltiples, admitiendo además, que todavía se está muy lejos de una cumplida reconstrucción teórica de aquel término. *Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*, Querétaro, Fundap, 2004, pp. 15-57.

<sup>29</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México Fundap, colección derecho, administración y política, 2002, pp. 19-29.

jurisdicción y justicia constitucional.<sup>30</sup> Como sabiamente lo expresa Gerardo Eto Cruz, Kelsen “... publica su magistral ensayo sistematizando en forma precisa las ideas y los perfiles de la Corte Constitucional austriaca, que sin proponérselo, a la larga, sería el paradigma de la jurisdicción constitucional concentrada, austriaca o kelseniana”.<sup>31</sup>

Estamos completamente de acuerdo con la descripción que hace Eto Cruz, pues van inmersas dos cuestiones interesantes: la primera es que él distingue una separación terminológica que implícitamente hace Kelsen —no haciéndolo a propósito— respecto a la jurisdicción constitucional y a la justicia constitucional. La segunda es que no habla de ningún derecho procesal constitucional, sino de un paradigma de un control de la constitucionalidad que descansa irremediabilmente en la jurisdicción constitucional concentrada.<sup>32</sup> De hecho, no debemos olvidar la fuerte influencia que ha tenido el control concentrado en el continente americano.<sup>33</sup> Ahora es tiempo de analizar la lógica kelseniana.

Kelsen entendió que el orden jurídico, especialmente aquél cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas que se hallen entre sí, por así decirlo, una al lado de otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. Su unidad viene dada por el hecho de que la creación de una norma (la de grado más abajo), se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta.<sup>34</sup> Lo que constituye la unidad del sistema es “... precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más elevado, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico”.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, UNAM, 2001, pp. 10-20 y ss.

<sup>31</sup> Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, nota 8, p. 88.

<sup>32</sup> Además, es importante mencionar que no se deben confundir los términos: jurisdicción constitucional, justicia constitucional, control constitucional y derecho procesal constitucional.

<sup>33</sup> Hecho, pues, que ha generado la creación doctrinal y pragmática de un control mixto de la constitucionalidad.

<sup>34</sup> *Cfr.* Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 30, pp. 12-15; *id.*, *Teoría pura del derecho*, 10a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 18-28.

<sup>35</sup> Fernández Segado, Francisco, “Nacimiento del modelo de control autónomo de la constitucionalidad en Europa (el control de la constitucionalidad en la Europa de entreguerras)”, *Memoria del Coloquio Internacional en celebración del sesquicentenario*

Sobre lo anterior, el jurista austriaco lo sistematizará en un artículo denominado “La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)”<sup>36</sup> el cual tendrá un enorme impacto en la doctrina constitucional europea. En aquél, Kelsen parte de la consideración de que “... la garantie juridictionnelle de la Constitution est un élément du système des mesures techniques qui ont pour but d’assurer l’exercice régulier des fonctions étatiques”,<sup>37</sup> funciones estatales que básicamente consisten en actos jurídicos de creación o aplicación de derecho. Es importante tener en cuenta la idea de regularidad propuesta por nuestro autor en cita, ya que se aplica a cada grado en la medida en que es creación o reproducción de derecho, pues “... la régularité n’est que le rapport de correspondance d’un degré inférieur à un degré supérieur de l’ordre juridique”.<sup>38</sup> Entre las medidas técnicas orientadas a garantizar la regularidad de las funciones estatales citadas en el presente párrafo, la anulación del acto inconstitucional representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución.<sup>39</sup>

La siguiente cuestión fue determinar a qué órgano del Estado le iba a corresponder tal competencia —decidir la anulación de un acto inconstitucional—. Así pues, Kelsen rechazó la idea de la encomienda al Parlamento,<sup>40</sup> optando por un órgano distinto a éste y no subordinado a ningún otro. De esta guisa, Kelsen resolvió encomendar la ardua tarea, ora a un órgano especial denominado tribunal constitucional, ora a los

*del Acta de Reformas Constitucionales de 1847, origen federal del juicio de amparo, La actualidad de la defensa de la Constitución*, México, SCJN-UNAM, 1997, p. 41; puede también consultarse el artículo del autor citado en la misma obra colectiva, intitulado “La defensa de la Constitución en España”, pp. 57 y ss.

<sup>36</sup> Publicado en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, año XXXV, 1928, traducción al francés por Charles Eisenmann.

<sup>37</sup> “La garantía jurisdiccional de la Constitución es un elemento del sistema de los medios técnicos que tiene por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán de la obra Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 30, p. 10.

<sup>38</sup> “La regularidad es la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico”, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán de la obra Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, *cit.*, nota 30, p. 14.

<sup>39</sup> Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 35, p. 42

<sup>40</sup> “Ce n’est donc pas sur le parlement lui-même que l’on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C’est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qui’il faut charger de l’annulation ses actes inconstitutionnels, c’est-à-dire une juridiction ou tribunal constitutionnel”, Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, 1949, p.128.

tribunales ordinarios, de modo específico, al Tribunal Supremo. Esta última opción pareciera que es influencia pura del *judicial review*. Kelsen, además, razona que un tribunal que dispone del poder de anular las leyes es un órgano que concurre con las facultades del Poder Legislativo, puesto que es un verdadero “legislador negativo”. Por eso, Taylor Cole puso de relieve que la discusión medular de la integración de dicho órgano se circunscribiría al tipo de tribunal, a su organización e integración, y al método de selección de sus magistrados.<sup>41</sup>

Ahora toca el turno de analizar la controversia surgida entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, con motivo de la naturaleza del órgano defensor de la constitucionalidad.

En los años veinte del siglo XX, al momento de la implantación del sistema concentrado de control constitucional, tuvo lugar una conocida y radical controversia entre los citados juristas austriaco y teutón, respectivamente. El último de los referidos publica en 1929 su *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*,<sup>42</sup> en el que analiza al tribunal constitucional como guardián de la Constitución, afirmando de modo categórico “una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a jurificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en sus mismos términos”.<sup>43</sup>

Como puede apreciarse, la preocupación de Schmitt gira en torno a la *Politisierung der Justiz*, de ahí que la respuesta a Kelsen venga dada en la obra *Der Hüter der Verfassung*,<sup>44</sup> en la que sostuvo la tesis de que ningún órgano jurisdiccional puede ser el guardián de la Constitución.<sup>45</sup> En su lugar, y siguiendo a Benjamín Constant, Schmitt adujo que es el “jefe de Estado” (el presidente del Reich —como sustantivo significa imperio o reino—) quien únicamente puede sostener el título de “guardián de la Constitución”.

<sup>41</sup> Cole, Taylor, *Three Constitutional Courts: a Comparison*, citado por Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 35, p. 43; para este autor, las discusiones constituyentes en Austria, Alemania e Italia se refirieron sustancialmente al grado de independencia concedido al Tribunal Constitucional respecto de los órganos políticos, y en especial, del Parlamento.

<sup>42</sup> “El Tribunal Supremo del Reich alemán como guardián de la Constitución”.

<sup>43</sup> Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, citado por Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 35, p. 44.

<sup>44</sup> “El guardián de la Constitución”.

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

En definitiva, como advierte Pedro de Vega en el prólogo de la última obra schmittiana citada:

La conclusión tácita que se desprende del razonamiento de Schmitt parece evidente: porque la conversión de la justicia constitucional como guardián de la Constitución, frente a los posibles ataques del Poder Legislativo, lo que termina virtualmente condicionando a una politización de la justicia y una disfunción más que notable en el esquema de la distribución del poder, se hace necesario buscar otro guardián que resulte en el plano doctrinal más coherente con la teoría constitucional clásica, y en el plano real más efectivo.<sup>46</sup>

Y con lo anterior encuentra la solución de nombrar —como ya hemos dicho— al jefe de Estado como guardián de la Constitución, pues como cita Pedro de Vega: “... al ser plebiscitado directamente por el pueblo, podría actuar con independencia de los partidos como instancia verdaderamente suprema y neutral”.<sup>47</sup>

Kelsen combatiría con dureza los argumentos de Schmitt en su obra *Il custode della Costituzione. La giustizia costituzionale*. En ésta considera que la afirmación del jurista teutón de que el jefe de Estado es más idóneo que un tribunal para la defensa de la Constitución, no encaja en la Constitución de alemana de Weimar; además, considera que aquél pretende

... sobrevalorar la competencia de *Reich* e infravalorar la función del Parlamento... La consecuencia política de los argumentos de Schmitt es que el pluralismo del Parlamento pone en peligro la seguridad y el orden público, mientras la unidad del presidente del *Reich* representa la unidad

<sup>46</sup> Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 20

<sup>47</sup> *Idem*. Es menester dejar plasmada la concepción que Pedro de Vega tuvo por el conflicto entre Schmitt y Kelsen, sobre todo por las circunstancias que lo hacían más difícil, ya que “... la práctica constitucional liberal se ve sometida a los embates más graves y peligrosos de toda su historia. Es el caso de la República de Weimar y el comienzo de las modernas dictaduras totalitarias fascistas. Sin embargo, existe un dato nuevo... el que presta significación y originalidad a la polémica. La tensión aristocracia-burguesía se traduce, en el orden de consideraciones que ahora nos interesan, en el hecho de que los ataques a la Constitución sean, ante todo, ataques políticos... Nada tiene de extraño que en estas circunstancias, porque los ataques a la Constitución toman básicamente un carácter existencia e ideológico, la defensa de la misma se proyecte también en una dimensión existencial, o lo que es lo mismo, la defensa de la legalidad constitucional se plantea y se resuelve por medios políticos... Como es obvio, una defensa política de la Constitución exige que sólo pueda haber un único e insustituible defensor: el pueblo”, pp.16 y 17.

del Pueblo. Así los dos grandes poderes creados por la Constitución de Weimar aparecen como enemigos. El uno quiere destruir su unidad y el otro defenderla. Uno, el Parlamento, viola la Constitución; y el otro la custodia.<sup>48</sup>

Es entonces cuando se plantea y justifica la necesidad de un guardián de la Constitución que, frente a las corruptelas políticas del Poder Legislativo, y frente a los abusos posibles del Poder Ejecutivo, garantice el sistema de libertades y asegure, a su vez, que la Constitución se cumpla y no pierda el carácter de ley suprema. Por lo anterior surge en Austria el primer tribunal constitucional, y con éste, el innovador tema de la defensa de la Constitución. Kelsen acepta pues, como dato previo "... la legitimidad del sistema democrático y los valores subyacentes al constitucionalismo moderno", y, por lo tanto, no se procura la defensa ideológica de la idea liberal de Constitución, "... sino de lograr su realización efectiva y concreta".<sup>49</sup> Ante todo lo anterior, Kelsen llega a la siguiente conclusión:

Si en el primer momento del constitucionalismo moderno, lo que se propicia es una defensa de la legalidad constitucional liberal con medios políticos, lo que se va a suscitar ahora es una defensa de valores políticos, que se admiten como evidentes, por medios y mecanismo jurídicos.<sup>50</sup>

La cuestión presenta singular relieve cuando nos colocamos ante el modelo kelseniano de control constitucional, distinto del instaurado en 1803 por el *chief justice* John Marshall, puesto que Schmitt, no niega el examen material de las leyes por parte del órgano judicial (*judicial review*),<sup>51</sup> puesto que se trata de leyes en donde su inconstitucionalidad es evidente, el problema se agudiza cuando la ... confrontación [entre aquellas]<sup>52</sup> ... dista mucho de ser evidente. ... un Tribunal Constitucional pueda dictaminar libremente sobre la validez o invalidez de las leyes, aunque su decisión se adopte conforme a un procedimiento judicial, constituye una invasión cla-

<sup>48</sup> Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 35, p. 45.

<sup>49</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 46, p. 18.

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> Se trata del examen entre contradicciones evidentes entre las leyes ordinarias y la ley fundamental, en donde la justicia ordinaria puede —invocando la supremacía constitucional— dejar de aplicar la norma ordinaria (control difuso de la constitucionalidad). Pero esto es distinto al sistema kelseniano que suprime automáticamente la norma declarada inconstitucional, del orden jurídico. *Cfr.* Rabasa, Óscar, *op. cit.*, nota 9, pp. 612 y ss.

<sup>52</sup> La llave es nuestra.

ra de la justicia en la legislación, que da al traste con el principio orgánico de distribución del poder.<sup>53</sup>

Por último, queremos dejar claro que constituye para Schmitt una cuestión hartamente dudosa que:

... en un Estado de partidos una función tan relevante... pueda ser asumida con verdadera y efectiva independencia por un tribunal judicial. ... resulta también problemático que, en un sistema de legitimidad democrática, se vaya a ceder tan fácilmente a las *decisiones de la aristocracia de la toga*<sup>54</sup> la definición de los valores fundamentales de todo el ordenamiento constitucional y del régimen político por él establecido.<sup>55</sup>

Ha sido necesario transcribir citas enteras y parciales de los argumentos presentados por los distintos juristas referenciados, y lo hacemos con la finalidad de que se puedan revelar claramente las contradicciones que surgían de los mismos, sobre todo, por la justificación que cada uno hacía sobre sus posturas.

En definitiva, la opción por un órgano *ad hoc* al que se encargara el control de la constitucionalidad de las leyes, convirtiéndose en supremo intérprete de la Constitución, "... se justifica ya desde antaño por la especificidad de la hermenéutica constitucional, una actividad como dice Cappelletti, más próxima a la de legislador... que a la de los jueces comunes..."<sup>56</sup> Y tal circunstancia hace conveniente atribuir dicha función a un órgano diferente de los ordinarios preexistentes.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 46, p. 19; el ilustre jurista mexicano Mariano Otero entendió que al desaplicar la norma tachada de inconstitucionalidad no se vulnera el principio de división de poderes, por ello su tesis del efecto *inter partes* de las sentencias, mejor conocido en el sistema judicial mexicano como la "fórmula Otero", en contraposición a la declaración *erga omnes*, *efr.* Rabasa, Oscar, *op. cit.*, nota 9, p. 613.

<sup>54</sup> Pareciera que esto que plasmó Schmitt en el segundo cuarto del siglo XX, sirviera de fundamento a la teoría del poder contramayoritario de los jueces. Véase Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996; *id.*, *Del reino de los jueces al reino de los políticos*.

<sup>55</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 46, pp. 19 y 20.

<sup>56</sup> Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1978, p. 76, citado por Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 35, p. 47.

<sup>57</sup> Cappelletti se había cuestionado el por qué no se prefirió elegir la vía más simple de atribuir la función de control de la constitucionalidad a un órgano jurisdiccional preexistente, véase Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 35, p. 46.

### III. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA CONSTITUCIONAL EN EL EXAMEN LEGISLATIVO, OTROS ACTOS Y PERIPECIAS

La doctora Teresa Freixes Sanjuán,<sup>58</sup> en el estudio preliminar de la obra del connotado jurista francés, Dominique Rousseau, comenta respecto a la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales, lo siguiente:

Toda la crítica de legitimidad democrática... con relación a la existencia de los tribunales constitucionales se sitúa en el hecho de que ellos, órganos no elegidos democráticamente, pueden controlar la acción de los elegidos, es decir, las leyes elaboradas por las cámaras representativas. Con ellos parece que se está quebrantando la voluntad de unos representantes que se supone expresan la voluntad de los representados.<sup>59</sup>

Y es aquí donde el profesor Rousseau nos recuerda que la ciencia política ha probado que la clase política tiene intereses propios, independientes de su relación con la ciudadanía a la que representan, "... incluso pueden ser contrarios a la volunta expresada por el Constituyente..."<sup>60</sup> En esta tesitura, la instauración de un tribunal encargado de un real y efectivo —como diría Kelsen— control constitucional, encontraría su legitimidad democrática en "... la garantía que a través del control de constitucionalidad de la ley se establece para... evitar que los intereses coyunturales de los electos puedan subvertir los intereses supremos elevados por la ciudadanía al texto constitucional".<sup>61</sup> Sobre el anterior argumento Teresa Freixes Sanjuán estructura el pensamiento del maestro Rousseau en dos polos: la legitimidad formal (garantía de la supremacía constitucional) y la legitimidad democrático-funcional (garantía de la voluntad de la Constitución).<sup>62</sup>

Al hablar de legitimidad democrática es necesario dilucidar un tópico denominado "poder contramayoritario de los jueces".

<sup>58</sup> Ex presidenta del Instituto Europeo de Derecho Constitucional, catedrática de Derecho constitucional.

<sup>59</sup> Rousseau, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. XVI.

<sup>60</sup> *Idem.*

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 20-30.

Para Nino, la democracia deliberativa es el mejor procedimiento para entender y lograr la real vigencia de los derechos individuales. Sostiene además, que "... la dimensión ideal de la Constitución respecto de los derechos puede surgir de la organización ideal del poder si esta organización pudiera lograrse en la práctica constitucional real".<sup>63</sup>

En principio, parecería que tal visión inhibe toda posibilidad de control judicial de constitucionalidad como consecuencia del déficit democrático que caracteriza a los poderes judiciales de la mayoría de las democracias liberales.

Tanto en el sistema norteamericano como en el europeo de control judicial de constitucionalidad surgen dudas acerca de por qué el Poder Judicial, siendo un órgano aristocrático, debería tener la última palabra en determinar el alcance de los derechos individuales, dirimir los conflictos que se generen entre los poderes del gobierno e interpretar las reglas referidas al procedimiento democrático.<sup>64</sup>

Un rol de tan significativa importancia en cabeza de los jueces desafía la visión tradicional de la división de poderes, según la cual aquéllos simplemente aplican las decisiones de los órganos democráticos, sin analizar los méritos de tales decisiones.<sup>65</sup> Alexander Bickel llamó a este problema "la dificultad contramayoritaria".<sup>66</sup> Este tema se fundamenta en la no aceptación de la posibilidad de que el Poder Judicial sea capaz de declarar inválidas las decisiones mayoritarias. De acuerdo con este tipo de razonamiento, no se justifica "... que un grupo de jueces cuyos miembros no son electos por la ciudadanía, y cuya autoridad no está sometida a ratificación ni estricto control por parte de aquélla, sea capaz de pronunciar *la última palabra* frente a todo tipo de conflictos legales fundamentales".<sup>67</sup> De manera más sencilla Gargarella conceptúa la problemática en estudio como "... la dificultad que surge cuando el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes".<sup>68</sup>

<sup>63</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 20, p. 259

<sup>64</sup> *Idem*; además, léase para mayor comprensión del tema el capítulo VI de la obra citada.

<sup>65</sup> *Cfr.* Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 2a. ed., México, Delma, 1999, pp. 103-110; Rousseau, Jean Jacques, México, *El contrato social*, 2a. ed., Delma, 2002, pp. 38-45.

<sup>66</sup> *Idem*; Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 20.

<sup>67</sup> Garbarella, Roberto, *Del reino de los jueces al reino de los políticos*, p. 24.

<sup>68</sup> Garbarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, p 13.

Nino acude a un aspecto filosófico cuando asegura que "... el origen de los jueces no es de carácter democrático, sus decisiones no gozan del valor epistémico que sí tiene el proceso democrático".<sup>69</sup> De esta guisa, aquel autor considera que la perspectiva usual de que los jueces están mejor situados que los parlamentos y que otros funcionarios elegidos por el pueblo para resolver cuestiones que tengan que ver con derechos, parece ser consecuencia de cierto tipo de "elitismo epistemológico".<sup>70</sup> Este último presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza individual es más importante que la capacidad para representarse y equilibrar imparcialmente los intereses de todos los afectados por la decisión.

Para acabar con la postura de Carlos Santiago Nino, transcribiremos tres párrafos de su obra en cita, para poder entender más a fondo su valiosa aportación, además de que aquí concluye (por una parte) con una alternativa al problema planteado respecto de la legitimidad del control constitucional por parte de los jueces.<sup>71</sup>

... uno debe suponer que existe otra institución o procedimiento para resolver cuestiones de inconstitucionalidad que no involucren el control judicial de constitucionalidad. Esto puede darse por medio de un órgano político o por la apelación directa del electorado, ya sea a través de alguna institución formal (un plebiscito) o un recurso difuso que permita a algún ciudadano desobedecer una ley inconstitucional.

... no es verdad que un sistema que no utilice el control judicial de constitucionalidad es una imposibilidad lógica o que tal sistema niega la supremacía de la constitución. La revisión es necesaria, pero ésta no tiene que ser necesariamente judicial. El poder del control judicial de constitucionalidad es contingente, incluso cuando el sistema tenga una Constitución suprema.

Se podría pensar que el control judicial de constitucionalidad es completamente compatible con el reconocimiento del valor epistémico de la democracia dado que los jueces, cuando ponen en vigor la constitución, rinden honor a la soberanía popular expresada en esa misma Constitución...de este modo, [se] afirma que el control judicial de constitucionalidad se desprende lógicamente de la legitimidad democrática.

<sup>69</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 20, p. 260.

<sup>70</sup> *Idem.*

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 269 y 271.

Muy interesante resulta el giro final que Nino hace respecto a la concepción del aludido control judicial, ya que plantea una postura alternativa para establecer una conexión apropiada entre el valor de la democracia y el control judicial de constitucionalidad, siendo necesario argumentar que el primero requiere de ciertas precondiciones. Cuando los jueces interpretan la constitución y ésta prevalece sobre la legislación ordinaria, están en realidad protegiendo esas precondiciones.<sup>72</sup>

Ahora finalizaremos este epígrafe con la postura del ya citado doctor Rousseau, que nos explica cuándo se abre el juicio de legitimidad por parte del pueblo hacia el órgano judicial a quien se le ha atribuido —implícita o explícitamente— la facultad de control de actos inconstitucionales, no importando en qué sistema de justicia constitucional nos encontremos. Dicho juicio se abre cuando el “... juez aplica un derecho de que él no es autor, la cuestión de la legitimidad democrática de su intervención no se plantea; por el contrario, [ésta] aparece si su trabajo implica una interpretación que le convierte en creador de derecho”. A continuación explicaremos más detalladamente lo anterior.

*La boca de la Constitución, el legado de Montesquieu  
vs. el juez como creador de derecho*

Es necesario comparar dos posturas respecto al significado objetivo de la norma constitucional. Para algunos, las disposiciones constitucionales poseen en sí mismas un significado; conocerlas constituye un acto simple ya que al juez le bastaría con leerlas. En caso de dificultad podría remitirse a los trabajos preparatorios o a la intención de los autores y, en consecuencia, juzgar sería un gesto mecánico consistente en aplicar un texto que posee por sí mismo un significado *objetivo*. El juez es aquí la boca de la Constitución, no inventa nada, no crea la norma, su poder de juzgar sería en cierto modo nulo.<sup>73</sup> En esta concepción, la cuestión de la legitimidad de la justicia constitucional no se plantea en la medida en que la operación de control es neutra: los tribunales aplican una norma de la que ellos no son dueños, cuyo sentido está determinado anteriormente y les vincula —no se vulnera la voluntad del pueblo depositada en el legislador—.

<sup>72</sup> Sobre esta postura véase *op. cit.*, nota 20, p. 272.

<sup>73</sup> Montesquieu, *op. cit.*, nota 65, pp. 118-122.

Por el contrario, hay quienes consideran que las disposiciones constitucionales no tienen un significado objetivo que determine con seguridad el contenido de la ley, y en consecuencia, el contenido jurisdiccional de quien la interpreta. Por lo tanto, juzgar no es un trabajo simple, puesto que el juez debe "... determinar el sentido del texto constitucional...";<sup>74</sup> lo que implica necesariamente elegir entre varios significados posibles.

Ya determinado el alcance o sentido de la norma constitucional, ahora el juzgador debe confrontarla con la ley o acto que se ha presumido de inconstitucional, y aquí también es menester interpretar el alcance o significado de aquella ley o acto. La interpretación que se hace sobre los diversos textos abre la cuestión de la legitimidad, en la medida en que el juez se encuentra en la posición de crear normas.

Por lo tanto, la interpretación es un acto que implica un poder de decisión. El juez puede fundamentarse sobre "... los trabajos preparatorios... intención de los autores de los textos... el espíritu del sistema jurídico... o sobre la evolución de la sociedad y el espíritu de la época...";<sup>75</sup> y al decidir sobre lo anterior, tendrá que establecer el sentido del texto, tarea tan discrecional que no por nada en Italia la doctrina ha reconocido que el Tribunal Constitucional emite sentencias normativas o creativas, incluso que manipulan la norma. El profesor Rousseau concluye que "el poder de interpretación del juez para entenderse razonado, motivado e inscrito en el marco de las exigencias argumentativas y no de la discrecionalidad, debe limitarse a producir derecho, reglas y principios constitucionales que tengan por objeto determinar ... y sancionar el comportamiento de las otras instituciones".<sup>76</sup> La interrogativa surge en la tesis de que la producción referida en la cita anterior pueda tener más características políticas que jurisdiccionales, entonces, tendríamos que respondernos bajo qué fundamento se justifica ese actuar por parte de los juzgadores.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> Cfr. Rousseau, Dominique, *op. cit.*, nota 59, p. 21.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>76</sup> *Idem*.

<sup>77</sup> En la nota al pie núm. 7 hicimos referencia a la interpretación hecha por la SCJN, cuando considera que el artículo 133 constitucional no permite el control constitucional por jueces ordinarios (control difuso); la controversia constitucional 109/2004, que niega el carácter legal del Presupuesto de Egresos de la Federación; por último, la inconstitucionalidad de los acuerdos en materia competencial creados por el Pleno de la SCJN, modificando disposiciones constitucionales, amparándose en su ley orgánica. Sólo son algunos ejemplos de la creación normativa (jurisprudencia o acuerdos) que puede realizar la judicatura justificándose en el ejercicio de sus funciones.

No debemos pasar por alto que un tribunal constitucional no debe considerarse totalmente desligado del orden político que va a ser afectado por sus decisiones, es decir, debe incluir entre sus consideraciones las consecuencias políticas de su eventual decisión; dicho de otro modo, un juez constitucional deberá preciar de interpretar las normas constitucionales "... no sólo con la ayuda de reglas e instrumentos de análisis gramaticales, lógicos e históricos, sino también, y sobre todo, por medio de un enfoque político sistemático".<sup>78</sup>

Y de esta forma terminamos este subepígrafe, de gran importancia, ya que éstas son las dos posturas —las cuales con el paso del tiempo se han presentado con diversas peculiaridades, pero en esencia son las mismas— combatidas desde el nacimiento de la controversia entre Kelsen y Schmitt, y que al paso de los años y en casi todos los ordenamientos jurídicos de la sociedad internacional han impactado, con un efecto positivo, negativo o quizá neutral, pero esto será consecuencia de la correcta regulación que en los particulares sistemas normativos se haga del control constitucional, el cual tiene como objetivo lograr una plena, efectiva y real justicia constitucional.

Además, en nuestra postura, en el estudio de la legitimidad democrática, se analizan dos supuestos: el que apoya el control judicial de la constitucionalidad, y el que no lo hace, el cual se le ha denominado, poder contramayoritario de los jueces. Y así estamos en plena aptitud de entrar al análisis del caso mexicano.

#### IV. PERMISIÓN CONSTITUCIONAL DE UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LOCAL Y LA PARCIAL DEFENSA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

El desarrollo de la justicia constitucional en México ha tenido mayor cobijo en el ámbito federal, a través del Poder Judicial de la Federación —incluyendo juzgados de distrito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) sesionando en salas o en pleno—, que en las entidades federativas.<sup>79</sup> Lo

<sup>78</sup> Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 35, p. 48.

<sup>79</sup> El ministro de la SCJN, José de Jesús Gudiño Pelayo, nos orienta al respecto cuando asegura que algunas Constituciones locales a partir de 1917, preveían la resolución de conflictos entre los poderes estatales y municipios, ya sea a través de las legislaturas

anterior obedece al poco desarrollo legislativo local, a la escasa doctrina sobre el tema y, quizá la más aceptada, la similitud entre las leyes fundamentales locales con la federal.<sup>80</sup> Pero esto no es óbice para que los entes federados puedan exigir su presencia en lo que a justicia constitucional se refiere, en el plano fáctico mexicano. Por eso, en el presente epígrafe realizaremos un estudio sobre la permisión por parte de la carta magna con respecto a los instrumentos de derecho procesal constitucional, como lo son la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, los cuales fungen como medios de control de la constitucionalidad de los actos y normas generales en el ámbito local, además de la mala regulación hecha por el poder reformador de la Constitución —1994— en el sentido de salvaguardar parcialmente la supremacía constitucional en el caso de las referidas controversias.

Es necesario recalcar que los sistemas concentrados de control constitucional se adecuan a la forma de organización del Estado en donde se aplican. Como forma de Estado<sup>81</sup> nos referimos al federalismo y al centralismo, “... el primer modelo seguía las pautas del liberalismo burgués estadounidense, y el segundo las de los liberalismos burgueses inglés (con monarquía moderada) y francés (si ella)”.<sup>82</sup> En el caso mexicano, las citadas formas de Estado admitían la separación de poderes y la libertad individual como sustento de las garantías del ciudadano frente al

o de los supremos tribunales de justicia: ejemplo de esto son Aguascalientes, Colima, Chiapas, Guanajuato, Jalisco, Estado de México, Morelos, Oaxaca, Tamaulipas, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas; Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Ingeniería judicial y reforma del Estado mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 49.

<sup>80</sup> Cfr: Gudiño Pelayo, José de Jesús, *op. cit.*, nota anterior, p. 44.

<sup>81</sup> Necesario es distinguir las formas de Estado y de gobierno. Las formas de Estado se refieren a la manera de ser fundamental de la totalidad del cuerpo social jurídicamente organizado, las formas de gobierno tiene relación con la modalidad adoptada por los órganos directivos que formulan, expresan y realizan la voluntad del Estado. El Estado es la comunidad política integramente considerada, constituyendo la persona colectiva de la sociedad política en la función del derecho y el sujeto activo de la soberanía. El gobierno, es la organización específica del poder constituido en y por el Estado y al servicio del Estado.

<sup>82</sup> González, María del Refugio, “Federalismo y centralismo, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, D-H, pp. 1682 y 1683; cfr. Schiera, Pieragenlo, “Estado moderno”, *Diccionario de política*, Bobbio, Norberto *et al.*, 13a. ed., Siglo Veintiuno Editores, México, 2002, pp. 568 y 569.

Estado.<sup>83</sup> Así pues, el federalismo y centralismo son dos conceptos que cobran vigencia en el estudio de la justicia constitucional, puesto que aceptan el modelo de control concentrado, claro está que con sus particularidades, como, por ejemplo, la distribución de competencias hacia los entes federados en el caso federal alemán, y la competencia absoluta del Tribunal Constitucional en el caso español.<sup>84</sup> Ya que estamos hablando de las formas de Estado como aspectos influyentes en una justicia constitucional cualquiera, debemos recordar que en el caso mexicano “... aunque el federalismo se haya mantenido vigente como bandera política, lo cierto es que sólo existió en los textos constitucionales, ya que, en la práctica, la república acusó rasgos profundamente centralistas”,<sup>85</sup> lo que ha ocasionado que la justicia federal opaque a la de los entes federados, y como consecuencia la poca literatura jurídica en el ámbito local, así como su mínimo desarrollo en dichos ordenamientos jurídicos.<sup>86</sup>

Siguiendo la interpretación de la doctora Cynthia Chanut Esperón, de los artículos 40, 73 y 124 constitucionales, en los que se desprenden, por una parte, que en el sistema federal existe una doble pirámide normativa siguiendo la tesis kelseniana, la esfera o ámbito federal, fundada en el artículo 73 constitucional, incluyendo las facultades implícitas, y el local, compuesto por la interpretación del artículo 124 del mismo ordenamiento jurídico, además de las facultades en que concurre con la federación.<sup>87</sup> Cabe mencionar que entre dichos ámbitos no exis-

<sup>83</sup> Sobre la Constitución Española de 1978, véase Labastida, Horacio, *Las Constituciones españolas*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 121-124. Sobre el caso alemán véase Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, México, Porrúa, 2005.

<sup>84</sup> Sobre la competencia del Tribunal Constitucional Federal alemán véase Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *op. cit.*, nota anterior, pp. 10-21; y sobre la competencia del Tribunal Constitucional español, véanse artículos 160 y 161 de la Constitución de 1978.

<sup>85</sup> González, María del Refugio, *op. cit.*, nota 82, p. 1683.

<sup>86</sup> El amparo mexicano, nacido en la Constitución yucateca de 1841, adoptado por el Acta Constitucional de 1847 que daba vigencia a la primera Constitución Federal de 1824, y diez años después por la Constitución Federal de 1857, es un instrumento que de una u otra forma facilitó las cosas para que en la actualidad el Poder Judicial de la Federación sea el encargado de realizar el control constitucional de las leyes o actos, tanto en el ámbito federal como en el local.

<sup>87</sup> Chanut Esperón, Cynthia, “El Poder Judicial de la Federación y la tutela de la independencia de los poderes judiciales locales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 3, enero-junio de 2005, p. 310.

te relación jerárquica.<sup>88</sup> Por otra parte, de lo anterior se revela que en un régimen federal coexisten dos niveles o ámbitos judiciales: los de las entidades federativas y el federal. *De jure*, deberían ser independientes entre ellos, pero *de facto* no es así, gracias al sistema de justicia constitucional adoptado por el Estado mexicano. Cabe mencionar que el término Federación se puede mal interpretar con el ámbito o régimen federal, siendo éste un género constituyente del sistema federal.<sup>89</sup> De esta guisa, una verdadera observancia del sistema federal (Estado federal) lleva implícito el respeto a la competencia de los entes que la conforman. Es así como el pacto federal "... propicia la conformación de dos niveles de gobierno dentro de un mismo territorio", como precisa Carmagnani "... el principio federal ... se sustenta en la existencia de dos esferas dotadas de cierta autonomía, la del gobierno federal y la de los gobiernos estatales".<sup>90</sup> Dichos órdenes de gobiernos gozan de igual jerarquía con sus respectivas competencias y límites señalados por la Constitución.

Entonces, existen dos principios de supremacía constitucional: la federal, que pugna por el respeto de la CPEUM, y la estatal, que hace lo propio con las cartas estatales. Es así como se justifica que la controversia constitucional y la acción abstracta de inconstitucionalidad deban ser instauradas en los dos ámbitos normativos.

La permisión constitucional respecto a la implementación de los instrumentos propios del derecho procesal constitucional —el amparo local, controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad— se interpreta en el artículo 124, conjuntamente con los diversos numerales 103, 105 y 107 de la CPEUM.

En esta tesitura, el 19 de mayo de 2002, el Pleno de la SCJN resolvió diversas controversias constitucionales (15/2000, 16/2000, 17/2000, 18/2000)<sup>91</sup> entendiendo que las Constituciones estatales pueden legislar

<sup>88</sup> Véase *Apéndice del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 1917-1995*, México, 1995 t. I, p. 185: "LEGISLACIÓN FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN".

<sup>89</sup> En esta línea *cfr.* Rebolledo Herrera, Óscar y Narváez Osorio, Guillermo, *Federalismo judicial*, p. 3.

<sup>90</sup> *Idem.*

<sup>91</sup> Presentadas por varios ayuntamientos del estado de Veracruz que demandaron, entre otras cuestiones, la invalidez del decreto de reforma integral a la Constitución veracruzana, al estimar que con la creación del juicio para la protección de derechos humanos, cuya competencia se le atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia

en materia de derechos humanos ampliando el catálogo previsto en la carta magna. La SCJN estimó constitucional la reforma aludida, al estimar esencialmente que el juicio para la protección de derechos humanos sólo se limita a salvaguardar a la normativa local a través de un órgano instituido por la propia Constitución del estado de Veracruz, como lo es la Sala Constitucional, sin que ésta cuente con atribuciones para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales previstas en la Constitución federal, además de que el instrumento local prevé la reparación del daño, característica ésta que difiere con el juicio de amparo federal. Asimismo, los artículos 39, 40 y 41, párrafo primero, de la normativa suprema federal establecen las bases de la autonomía local, en tanto de ellos deriva el régimen de gobierno republicano federal, integrado por estados libres y soberanos en todo lo relativo al régimen interno, aunque unidos en un pacto federal; y que el pueblo ejerce su soberanía por lo que hace a dichos regímenes interiores, en los términos que dispongan las Constituciones locales. Esta autonomía local, incluso, se prevé de manera directa en el artículo 116, fracción III, de la Constitución federal, que establece la posibilidad de que los poderes de los estados se organicen conforme a la Constitución de cada uno de ellos; y específicamente el Poder Judicial se ejercerá por los tribunales y mediante las reglas que señalen dichos ordenamientos locales. El criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia quedó reflejado en la siguiente tesis XXXIII/2002.<sup>92</sup>

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-LLAVE PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADIR LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÉL SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL. De la interpretación armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 4o., párrafo tercero, 56, fracciones I y 11 y 64,

de dicha entidad, se invade la esfera competencial de los tribunales de la Federación, específicamente por lo que hace al juicio de amparo federal.

<sup>92</sup> Controversia constitucional 16/2000. Ayuntamiento del Municipio de Córdoba, estado de Veracruz. 9 de mayo de 2002. Mayoría de cinco votos. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy seis de agosto en curso, aprobó, con el número XXXIII/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a seis de agosto de dos mil dos.

fracción 1, de la Constitución Política del Estado de Veracruz-Llave, así como de la exposición de motivos del decreto que aprobó la Ley número 53 mediante la cual aquéllos fueron reformados, se desprende que la competencia que la Constitución local le otorga a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, se circunscribe a conocer y resolver el juicio para la protección de derechos humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en la Constitución de aquella entidad federativa, por lo que dicha Sala no cuenta con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acorde con lo anterior, se concluye que los preceptos citados no invaden las atribuciones de los tribunales de la Federación, en tanto que el instrumento para salvaguardar los derechos humanos que prevé la Constitución local citada, se limita exclusivamente a proteger los derechos humanos que dicha Constitución reserve a los gobernados de esa entidad federativa; mientras que el juicio de amparo, consagrado en los artículos 103 y 107 de la propia Constitución federal, comprende la protección de las garantías individuales establecidas en la parte dogmática del pacto federal, de manera que la mencionada Sala Constitucional carece de competencia para resolver sobre el apego de actos de autoridad a la carta magna. Lo anterior se corrobora si se toma en consideración que el instrumento jurídico local difiere del juicio de garantías en cuanto a su finalidad, ya que prevé que la violación de los derechos humanos que expresamente se reservan implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño conforme lo dispone el artículo 4o. de la propia Constitución estatal, lo que no acontece en el indicado mecanismo federal.

Cuatro ministros formularon voto minoritario, sosteniendo la invalidez del precepto que regula el juicio para la protección de derechos humanos, considerando fundamentalmente que al coincidir el catálogo de los derechos humanos previstos en la Constitución veracruzana, con las garantías individuales establecidas en la Constitución federal, se duplican las instancias, siendo atribución exclusiva de los tribunales de la federación, a través del juicio de amparo, conocer de los actos o leyes que vulneren dichas garantías individuales, de conformidad con el artículo 103 de la Constitución federal. Sin embargo, ellos reconocen que es "... constitucionalmente correcto y hasta loable que una Constitución estatal como la de Veracruz que se examina, acoja o reitere las garantías individuales que establece la Constitución federal, o bien, que pudiera superarlas y sobrepasarlas o ampliarlas, en virtud de que los derechos públicos sub-

jetivos que ésta consagra son, en realidad, el estatus mínimo del hombre que las autoridades deben respetar”. Pero hacen hincapié que lo que no es correcto es la regulación legal que la Constitución local y la ley orgánica respectiva le otorgan al juicio de protección de los derechos humanos.

La permisión de la controversia constitucional local se encuentra plasmada en el artículo 105, fracción I, incisos h) e i): “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”.

Lo que interpretados a *contrario sensu* permite la instauración de la controversia constitucional, facultando al órgano jurisdiccional para resolver conflictos entre los poderes de un mismo estado, o entre el estado y uno de sus municipios. A continuación se transcribe una tesis orientadora sobre lo anterior.

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES ENTRE UN ESTADO Y UNO DE SUS MUNICIPIOS. A LA SUPREMA CORTE SÓLO COMPETE CONOCER DE LAS QUE SE PLANTEEN CON MOTIVO DE VIOLACIONES A DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES DEL ORDEN FEDERAL.

Para determinar los planteamientos cuyo conocimiento corresponda a esta Suprema Corte, propuestos mediante la acción de controversia constitucional suscitada entre un Estado y uno de sus municipios, debe tomarse en consideración que los artículos 105, fracción I, inciso i) de la Constitución general de la República y 10, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, limitan su competencia a aquellas controversias que versen sobre la constitucionalidad de los actos o disposiciones generales impugnados, desprendiéndose de ahí que se trata de violaciones a disposiciones constitucionales del orden federal. Por lo tanto, carece de competencia para dirimir aquellos planteamientos contra actos a los que sólo se atribuyan violaciones a la Constitución del estado o a leyes locales, cuyo remedio corresponde establecer al Constituyente local o a las legislaturas de los estados.<sup>93</sup>

Además, también se interpreta que las controversias que se planteen entre un poder de un Estado y un municipio del mismo podrán ser dirimidas a través de un control constitucional local.

<sup>93</sup> Tesis P./J. 30/2000, registro 192,088, Jurisprudencia, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril de 2000, p. 812. Controversia constitucional 3/93. Ayuntamiento de San Pedro Garza García. 6 de noviembre de 1995. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Jorge Careño Rivas.

En el caso de las acciones de inconstitucionalidad, seguimos la misma argumentación de la permisión interpretada de los artículos 124 y 105, fracción II, ambos constitucionales. En este sentido, las normas de carácter general que expidan las legislaturas de los estados, en contravención por lo dispuesto en su texto constitucional local, podrán ser anuladas por el órgano a quien se le atribuya dicha función, a través de una acción abstracta de inconstitucionalidad.

Es así como hemos analizado la permisión constitucional de los medios de control constitucional a nivel local, dejando muy claro, que para evitar controversias futuras entre su regulación y las disposiciones que de la materia se encuentran plasmadas en la CPEUM, se debe analizar perfectamente la esfera competencial del órgano constitucional local, lo que implica una adecuada técnica legislativa.

Y cuando nos referimos a una buena técnica legislativa lo hacemos porque en el propio texto constitucional encontramos una disposición que da al traste con la defensa axiológica de la supremacía constitucional; estamos hablando de las disposiciones contenidas en el *in fine* de la fracción I del artículo 105 de la CPEUM.

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.

Los incisos c, h y k del artículo 105 de la CPEUM dicen a la letra:

*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;

*h)* Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

*k)* Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Esto es a lo que denominamos una parcial defensa de la supremacía constitucional. No podemos estar de acuerdo con que en algunos casos

el efecto de las sentencias de las controversias constitucionales sean *erga omnes*, y en otros *inter partes*. Claramente vemos la influencia que ha tenido la tesis de Mariano Otero implementada en el juicio de amparo, tesis que algunos consideran fue mal interpretada de los textos de Alexis Clérel de Tocqueville.

No es admisible por ninguna circunstancia, que el efecto de las sentencias dependa de la jerarquía del sujeto legitimado que la impugne, pues de los párrafos transcritos se revela que cuando lo anterior suceda, o cuando la impugnación la realice un órgano de igual jerarquía que el demandado, y con la condición de que el proyecto sea votado por una mayoría de ocho ministros, la sentencia tendrá efectos generales, únicamente respecto de normas de carácter general. Ahora bien, visto a *contrario sensu* el supuesto referido, es decir, cuando el que demanda la controversia sea un órgano de menor jerarquía, como un municipio impugnando normas generales respecto de un Estado o de la federación, la votación de inconstitucionalidad sea de de ocho ministros o más, la norma general se declararía inconstitucional, pero no tendría efectos *erga omnes*.

De un verdadero respeto al principio de supremacía constitucional se advierte la obligación de observar sin pretextos lo dispuesto en el texto constitucional. No importa si la impugnación la realiza un ente de menor jerarquía que el demandado, porque aquí lo importante es la violación constitucional, y máxime si por mayoría de ocho ministros la SCJN, que materialmente hace funciones de tribunal constitucional, lo declara así, no debe ser óbice para otorgar efectos generales de inconstitucionalidad a la norma general impugnada. Aquí se observa claramente la notable herencia del sistema de control difuso de la constitucionalidad, que como vimos en los epígrafes anteriores, únicamente dejaba de aplicar la norma en el caso particular, mas no extendía dicha inconstitucionalidad a la generalidad de supuestos en los que dicha norma seguía surtiendo sus efectos.

Los argumentos que hemos venido barajando en el presente epígrafe se encuentran respaldados por diversas jurisprudencias, a continuación transcribimos algunas de ellas.

“SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE”.

En el mencionado precepto constitucional no se consagra garantía individual alguna, sino que se establecen los principios de supremacía

constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la ley suprema de toda la Unión, debiendo los jueces de cada estado arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o en las leyes locales, pues independientemente de que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los estados que constituyen la República son libres y soberanos, dicha libertad y soberanía se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el pacto federal, porque deben permanecer en unión con la Federación según los principios de la ley fundamental, por lo que deberán sujetar su gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la carta magna, de manera que si las leyes expedidas por las legislaturas de los estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones del código supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del congreso local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia carta magna para ese efecto.

“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. CONFORME AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL LOS MEDIOS RELATIVOS DEBEN ESTABLECERSE EN LA PROPIA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y NO EN UN ORDENAMIENTO INFERIOR”.

En virtud de que el ejercicio de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tratándose de los medios de control de la constitucionalidad, tiene por efecto que ese órgano fije el alcance de las normas supremas, que expresan la soberanía popular, debe considerarse que la jerarquía de las bases contenidas en ese magno ordenamiento conlleva el que sólo en ellas, mediante la voluntad soberana manifestada por el Constituyente o por el poder revisor de la Constitución, pueda establecerse la existencia de los referidos medios; ello sin menoscabo de que el legislador ordinario desarrolle y pormenorice las reglas que precisen su procedencia, sustanciación y resolución. La anterior conclusión se co-

robora por lo dispuesto en los diversos preceptos constitucionales que, en términos de lo previsto en el artículo 94 de la propia Constitución general de la República, determinan las bases que rigen la competencia de la Suprema Corte de Justicia, en los que al precisarse los asuntos de su conocimiento, en ningún momento se delega al legislador ordinario la posibilidad de crear diversos medios de control de la constitucionalidad a cargo de aquélla.

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE LOS ACTOS PROVENIENTES DE LAS LEGISLATURAS ESTATALES TENDIENTES A DIRIMIR CONFLICTOS DE LÍMITES ENTRE MUNICIPIOS”.

El deber de responder con fidelidad a la facultad que a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación le ha conferido la Constitución federal de vigilar, a través de los diferentes medios de control constitucional, que no sea vulnerado el orden supremo que la misma previene, le permite efectuar el examen de cualquier planteamiento propuesto como concepto de invalidez en las controversias constitucionales, encaminadas a combatir la totalidad de los actos autoritarios de carácter federal o local enumerados en el artículo 105, fracción I, de la carta magna, cuya finalidad consiste en salvaguardar el federalismo y la supremacía constitucional que sustentan las relaciones jurídicas y políticas de los órdenes jurídicos señalados; de esta manera, cuando una legislatura estatal dirime un conflicto de límites entre municipios, con apego a los principios contenidos en la Constitución federal, el ejercicio de esa facultad es susceptible de examen integral por este alto tribunal para evitar arbitrariedades, pues de lo contrario se podría reconocer y autorizar implícitamente la comisión de infracciones a la norma suprema. Por tanto, si se declara la improcedencia de la controversia constitucional bajo la óptica de que examinar cualquier acto proveniente de una legislatura estatal para con sus municipios, vulneraría la autonomía local, en virtud de que en esta clase de conflictos sólo son susceptibles de estudio los aspectos sobre invasión de esferas competenciales o de cuestiones estrictamente formales, implicaría acudir a una mera construcción interpretativa que conduciría a limitar la procedencia y examen de fondo de este medio de control constitucional a un reducido número de supuestos, quedando así soslayadas del mismo las hipótesis que pudieran presentarse en las relaciones

políticas entre estados y municipios, en que las autoridades estatales, que tienen facultades constitucionales para realizar actos que inciden sobre la esfera de atribuciones de las autoridades municipales, cometan abusos o emitan actos incongruentes que redundan en la desarmonía y desajuste del orden jurídico nacional.

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

Los poderes constituyente y reformador han establecido diversos medios de control de la regularidad constitucional referidos a los órdenes jurídicos federal, estatal y municipal, y del Distrito Federal, entre los que se encuentran las controversias constitucionales, previstas en el artículo 105, fracción I, de la carta magna, cuya resolución se ha encomendado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de tribunal constitucional. “La finalidad primordial de la reforma constitucional, vigente a partir de mil novecientos noventa y cinco, de fortalecer el federalismo y garantizar la supremacía de la Constitución, consistente en que la actuación de las autoridades se ajuste a lo establecido en aquélla”, lleva a apartarse de las tesis que ha venido sosteniendo este Tribunal Pleno, en las que se soslaya el análisis, en controversias constitucionales, de conceptos de invalidez que no guarden una relación directa e inmediata con preceptos o formalidades previstos en la Constitución federal, porque si el control constitucional busca dar unidad y cohesión a los órdenes jurídicos descritos, en las relaciones de las entidades u órganos de poder que las conforman, tal situación justifica que una vez que se ha consagrado un medio de control para dirimir conflictos entre dichos entes, dejar de analizar ciertas argumentaciones sólo por sus características formales o su relación mediata o inmediata con la norma fundamental, produciría, en numerosos casos, su ineficacia, impidiendo salvaguardar la armonía y el ejercicio pleno de libertades y atribuciones, por lo que resultaría contrario al propósito señalado, así como al fortalecimiento del federalismo, cerrar la procedencia del citado medio de control por tales interpretaciones técnicas, lo que implícitamente podría autorizar arbitrariedades, máxime que por la naturaleza total que tiene el orden constitucional, en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un Estado de derecho, su defensa debe ser también integral, independientemente de que

pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la norma suprema, dado que no es posible parcializar este importante control.

Como conclusión se desprende que la reforma hecha por el poder revisor de la Constitución se equivoca en el planteamiento respecto a los efectos que pueda llegar a tener una controversia constitucional dependiendo de la calidad del actor en la misma, pues resulta ser una no observancia de las reglas que implícitamente actúan en un Estado democrático y constitucional de derecho.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y auto-defensa*, México, UNAM, 1991.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional*, Oxford, México, 1998.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control constitucional en la jurisdiccional constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987.
- , *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1978.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón y PÉREZ DE ACHA, Luis M., *La defensa de la Constitución*, México, Distribuciones Fontamara, 2003.
- CHANUT ESPERÓN, Cynthia, “El Poder Judicial de la Federación y la tutela de la independencia de los poderes judiciales locales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 3, enero-junio de 2005.
- ETO CRUZ, Gerardo, “John Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003.
- , “Un artífice del derecho procesal constitucional: Hans Kelsen”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Nacimiento del modelo de control autónomo de la constitucionalidad en Europa (el control de la constitucionalidad en la Europa de entreguerras)”, *Memoria del Coloquio Internacional en celebración del sesquicentenario del Acta de Reformas Constitucionales de 1847, origen federal del juicio de amparo. La actualidad de la defensa de la Constitución*, México, SCJN-UNAM, 1997.

- , “La defensa de la Constitución en España”, *Memoria del Coloquio Internacional en celebración del sesquicentenario del Acta de Reformas Constitucionales de 1847, origen federal del juicio de amparo, La actualidad de la defensa de la Constitución*, México, SCJN-UNAM, 1997.
- FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, Ángel, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema*, Madrid, colección Temas constitucionales, 7, 1985.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003.
- , *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Querétaro, Fundap, 2002.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Fundap, colección derecho, administración y política, 2002.
- , *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997.
- GARGARELLA, Roberto, *Del reino de los jueces al reino de los políticos*.
- , *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- , *¿Una contra-revolución exitosa? 18 años de la Corte Rehnquist*.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 1995.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, *Controversia sobre controversia*, 3a. ed., México, Porrúa, 2004.
- , *Ingeniería judicial y reforma del Estado mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 2003.
- , “Lo confuso del control difuso de la Constitución, propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 3, enero-junio de 2005.
- HAMILTON, A. et al., *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- HESSE, Konrad y HÄBERLE, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, México, Porrúa, 2005.

- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, UNAM, 2001.
- , *Teoría pura del derecho*, 10a. ed., México, Porrúa, 1998.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, México, Delma, 1999.
- MORALES-PAULÍN, Carlos A., *Justicia constitucional*, México, Porrúa, 2002.
- NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997
- PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría del Estado*, 36a. ed., México, Porrúa, 2003.
- RABASA, Emilio O., *El artículo 14 y el juicio constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 1978.
- RABASA, Oscar, *El derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del "common law"*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944.
- REY CANTOR, Ernesto, *Introducción al derecho procesal constitucional (controles de constitucionalidad y legalidad)*, Cali, Colombia, Universidad libre, 1994.
- ROUSSEAU, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, 2a. ed., México, Delma, 2002.
- SCJN, *Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos*, México, Color, 2004
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1993.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1972.
- TOCQUEVILLE, Alexis Clérel, *La democracia en América*, España, Sarpe, 1984, t. I.
- WOLF, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*, Querétaro, Fundap, 2004.