

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO
FACULTAD DE DERECHO
LICENCIATURA EN DERECHO

ASIGNATURA	ANÁLISIS DE LA HISTORIA Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO
CLAVE	SEMESTRE CERO 03
REQUISITOS	INSCRIPCIÓN AL PROPEDEÚTICO, EXAMEN EXCOBA Y PREPARATORIA TERMINADA.
NIVEL	SEMESTRE CERO
CARÁCTER	OBLIGATORIA
HORAS A LA SEMANA	5
HORAS DEL CURSO	80

PROGRAMA ANALÍTICO SEMESTRE CERO
JULIO-DICIEMBRE 2018

**ANÁLISIS DE LA HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL
EN MÉXICO**

PRESENTACION

La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro es una institución pública que busca mediante “la verdad y el honor” la configuración de un proceso de enseñanza y aprendizaje, donde el estudiante pueda realizar un análisis crítico de la realidad social donde se desarrolla, contribuyendo con ello al quehacer científico instrumentado por medio de la reflexión y la comprensión histórica, encaminado siempre al beneficio de la sociedad. Lo anterior derivado de las diferentes problemáticas que hoy enfrentan los procesos de enseñanza y aprendizaje, toda vez que los altos índices demográficos estudiantiles interfieren dentro de dicho proceso aunado a ello resulta necesario dotar de soluciones inmediatas por medio de los postulados de competencias y el empleo de los diferentes Métodos de Enseñanza del Derecho así como de las Técnicas de la Enseñanza del Derecho.

OBJETIVO GENERAL.

Contribuir a la formación del pensamiento crítico de los aspirantes a ingresar al programa de licenciatura en derecho, introduciéndolos en los conceptos básicos fundamentales de la ciencia jurídica y el constitucionalismo, así como su campo de evolución.

OBJETIVO ESPECÍFICO. Conocer y aprender los principales conceptos jurídicos constitucionales, la historia constitucional y las teorías modernas sobre constitucionalismo, para así hacer frente a la reflexión de estos ante las diferentes problemáticas que hoy se presentan dentro una sociedad contemporánea, esto a través de los elementos y características de estos y su aplicación, adquiriendo con ello un compromiso para desarrollar valores fundamentales, pilares esenciales de la formación profesional del jurista dentro de la ciencia jurídica y el constitucionalismo.

RESUMEN DE CONTENIDO. Conceptos desde los Principios Constitucionales, historia constitucional, Norma Fundamental y las teorías constitucionales modernas, Teoría del Caso en materia de Derechos Humanos y Derecho Constitucional.

MÉTODO. Se sugiere al docente para los elementos teóricos, emplear en el proceso de aprendizaje el uso de lecturas, apoyándose de exposiciones magistrales en las que se recomienda fomentar en la participación activa de los aspirantes para lograr una integración de los conocimientos en su formación.

EVALUACIÓN DEL APRENDIZAJE. Se pondrá atención en instrumentos de evaluación que den cuenta del dominio de los contenidos de la asignatura, en tal virtud, se sugiere para los grupos pequeños pedir a los estudiantes la elaboración de una carpeta de evidencias, mapas mentales, mapas conceptuales, ensayos, ejercicios redacción que permitirán contribuir a la formación de habilidades y competencias de la asignatura y por ende a acreditar la actividad académica. El maestro puede optar como parte del proceso de evaluación del aprendizaje a la aplicación de exámenes orales y/o escritos.

UNIDAD I

NOCIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA CONSTITUCIÓN

- a) ¿Qué es una Constitución?
- b) Función, elementos, naturaleza y características de la Constitución
- c) Concepto de Constitución, concepción histórica, social, política, económica, racional y normativa de la Constitución.
- d) Clases de Constitución por su origen, estructura, forma
- e) Formas elementales de Interpretación Constitucional
- f) Principios de Derecho Constitucional Mexicano.

UNIDAD II

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

- a) La Constitución de los Estados Unidos de América del 17 de septiembre de 1787 de la Convención Constitucional de Filadelfia y Pensilvania.
- b) La Asamblea Nacional Constituyente el 3 de septiembre de 1791

- c) La Constitución de Cádiz de 1812
- d) Sentimientos de la Nación
- e) Constitución de Apatzingán
- f) Constitución Bases Orgánicas 1836, Las Siete Leyes
- g) La Constitución de 1841, Las Bases Orgánicas
- h) La Constitución de 1843
- i) La Constitución de 1847
- j) Leyes de Reforma
- k) Constitución de 1857
- l) Constitución 1917

UNIDAD III

CONCEPTOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES

- a) Concepto de Constitución
- b) Parte Dogmática y Orgánica
- c) Poder Constituyente y Poder Constituido
- d) Nación
- e) El Estado elementos del Estado, naturaleza del Estado, formas de Estado, extinción del Estado
- f) Soberanía, concepto y naturaleza
- g) Nacionalidad, elementos y características
- h) Ciudadanía
- i) Gobierno, elementos y características, formas de gobierno
- j) Jerarquía de Normas y Supremacía Constitucional
- k) Constitución y Sistema Jurídico
- l) Tratados internacionales y convencionalismo
- m) Régimen Federal
- n) Partidos Políticos
- o) La Democracia

UNIDAD IV

DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

- a) ¿Qué son los Derechos Humanos?
- b) Concepto, Elementos, Características, evolución
- c) Derechos Humanos y Garantías
- d) Aspectos Generacionales de los Derechos Humanos
 - 1. Derechos Fundamentales
 - 2. Derechos Positivizados
 - 3. Los Derechos Económicos, Sociales y Derechos Culturales.
- e) La defensa de la Constitución
- f) Interpretación Constitucional y Métodos De Interpretación en materia Constitucional.
- g) Garantías Constitucionales

- h) Control Difuso y Control Concentrado
- i) La Justicia Constitucional

UNIDAD V

EL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORANEO

- a) Neoconstitucionalismo
- b) Mecanismos de Control Constitucional, políticos, sociales, económicos y jurídicos.
- c) La Función Judicial de Derechos y Garantista
- d) Ponderación de Principios y mecanismos jurisdiccionales
- e) Derechos Humanos, Convencionalidad y Tratados Internacionales
- f) Principio de Supremacía Constitucional a la luz de las Teorías Contemporáneas Modernas.
- g) Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Función del Poder Judicial
- h) La Corte Interamericana de Derechos Humanos
- i) La Organización de las Naciones Unidas

UNIDAD VI

AMBITO APLICACIONAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

- j) Teoría del Caso
- k) Casos Difíciles y Casos Fáciles
- l) Casos Relevantes en materia de Derechos Humanos, Caso Guardería ABC, Caso Radilla, Florence Cassez.
- m) El Papel del Juez en la Construcción de los Estados Constitucionales de Derecho.
- n) El Constitucionalismo Democrático

BIBLIOGRAFIA

1. ARISTÓTELES., *La Política.*, 12ª., Porrúa., México., 2000.
2. ALEXIS DE TOCQUEVILLE., *Democracia en América.*, ALIANZA, Madrid., 2000.
3. BURKE E., *Textos Políticos.*, FCE., México., 2000.
4. DONELLY J., *Los Derechos Humanos Universales.*, Gernika., México., 1994.
5. BAZDRESCH L., *Garantías Constitucionales.*, 5ª., Trillas., 2000.
6. BOBBIO N., *Estado, Derecho y Sociedad.*, FCE., México., 2000.
7. _____., *Teoría del Estado.*, Oxford., México., 2012.
8. _____., *El Problema del Positivismo Jurídico.*, México., FCE., 2003.
9. BURGOA I., *Derecho Constitucional.*, 21ª ., Porrúa., México., 2008.
10. CARBONELL M., *El Canon Neoconstitucional.*, TROTТА., Madrid., 2011.
11. _____., *Neoconstitucionalismo.*, TROTТА., Madrid., 2011.
12. _____., *Teoría del Neoconstitucionalismo.*, TROTТА., Madrid., 2011.
13. _____., *Los Derechos Fundamentales en México.*, Porrúa., México., 2010.
14. COSSÍO J. R., *Dogmática Constitucional y Régimen Disciplinario.*, FONTAMARA., 2005.

15. COSSÍO R., *Dogmática Constitucional y Régimen Disciplinario*, FONTAMARA., 2003.
16. DWORKIN R., *Los Derechos en Serio*, Alianza., Madrid., 2003.
17. _____., *El Imperio de la Justicia*, Gedisa., Madrid., 1999.
18. _____., *La Justicia en Toga*, Marcial Pons., Madrid., 2007.
19. FERRAJOLI L., *Dos Modelos de Constitución*, TROTТА., Madrid., 2013
20. _____., *Derechos y Garantías*, TROTТА., Madrid., 2003.
21. _____., *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*, TROTТА., Madrid., 2006
22. GARCÍA Ramírez Cesar., *Teoría Constitucional*, JURE., México., 2000.
23. HAMILTON, MADISON Y G., *El Federalista*, FCE., México., 2010.
24. LASALLE F., *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Coyoacan., México., 2007.
25. MORENO D., *Derecho Constitucional*, Porrúa., México., 1998.
26. PAINE T., *Derechos Humanos*, FCE., México., 2000.
27. RAZ J., *El Concepto del Sistema Jurídico*, UNAM., México., Prologo de Rolando Tamayo y Salmoran., 1985.
28. SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, 2ª., México., FCE., trad. de Roberto Reyes Mazzoni, 2001
29. SUCAR G., *Concepciones del Derecho y de la verdad jurídica*, Madrid., Marcial Pons., 2012.
30. TENA Ramírez F., *Derecho Constitucional Mexicano*, 32ª., Porrúa., México., 2007.
31. _____., *Leyes fundamentales de México 1808 1999*, 22ª .,México, Porrúa, 1999.,
32. ZAGREBELSKY G., *El Derecho Dúctil*, TROTТА., Madrid., 2001.

CRESTOMATÍA

I. Para la unidadI se sugiere la lectura dirigida por parte del maestro y desarrollo temático de este.

- a) ARISTÓTELES., *La Política*, 12ª., Porrúa., México., 2000. (lectura completa)
- b) ALEXIS DE TOCQUEVILLE., *Democracia en América*, ALIANZA, Madrid., 2000. (lectura completa)
- c) BURGOA I., *Derecho Constitucional*, 21ª., Porrúa., México., 2007.
- d) LASALLE F., *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Coyoacán., México., 2007. (Lectura completa)
- e) MORENO D., *Derecho Constitucional*, 2ª.,Porrúa., México., 2007.
- f) GARCÍA Ramírez C. Y GARCÍA Camino Bernardo., *Teoría Constitucional*, JURE., México., 2004.
- g) HAMILTON, MADISON Y G., *El Federalista*, FCE., México., 2010. (lectura completa)
- h) TENA Ramírez F., *Derecho Constitucional Mexicano*, 16ª., Porrúa., México., 1975

II. Para la unidadII se sugiere la lectura dirigida por parte del maestro y desarrollo temático de este.

- a) FLORIS Margadant G., *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, Porrúa., México., 2007. (selec. De lecturas)
- b) BURGOA I., *Derecho Constitucional*, 21ª., Porrúa., México., 2007. (selec. De lecturas)
- c) TENA R., F., *Leyes fundamentales de México 1808 - 1999*, 22ª ., México, Porrúa, 1999.

III. Para la unidadIII se sugiere la lectura dirigida por parte del maestro y desarrollo temático de este.

- a) RAZ J., *El Concepto del Sistema Jurídico.*, UNAM., México., Prologo de Rolando Tamayo y Salmoran., 1985. (selec. De lecturas)
- b) TAMAYO Y SALMORAN R., *El Concepto de Constitución.*, UNAM., México., 2007., <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/399/7.pdf> (lectura completa)
- c) COSSÍO J. R., *Dogmática Constitucional y Régimen Disciplinario.*, FONTAMARA., 2005. (lectura completa)
- d) BAZDRESCH L., *Garantías Constitucionales.*, 5ª., Trillas., 2000.

IV. Para la unidad IV se sugiere la lectura dirigida por parte del maestro y desarrollo temático de este.

- a) ALEXIS DE TOCQUEVILLE., *Democracia en América.*, ALIANZA, Madrid., 2000.
- b) BURKE E., *Textos Políticos.*, FCE., México., 2000.
- c) DONELLY J., *Los Derechos Humanos Universales.*, Gernika., México., 1994. (lectura completa)
- d) BAZDRESCH L., *Garantías Constitucionales.*, 5ª., Trillas., 2000.
- e) PAINE T., *Derechos Humanos.*, FCE., México., 2000. (lectura completa)

V. Para la unidadV se sugiere la lectura dirigida por parte del maestro y desarrollo temático de este.

- a) ARISTÓTELES., *La Política.*, 12ª., Porrúa., México., 2000. (lectura completa)
- b) CARBONELL., M., *Teoría del neoconstitucionalismo.*, *Ensayos escogidos.*, Madrid., Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- c) _____., *El Canon Neoconstitucional.*, TROTТА., Madrid., 2011.
- d) _____., *Neoconstitucionalismo.*, TROTТА., Madrid., 2011.

VI. Para la unidadVI se sugiere la lectura dirigida por parte del maestro y desarrollo temático de este.

- a) La Enseñanza del Derecho Constitucional y su Método., <http://www.racmvp.es/docs/anales/A84/A84-19.pdf>(lectura completa para el profesor)
- b) WITKER J., La enseñanza Clínica como recurso del Aprendizaje en Derecho., http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/10/la-ensenanza-clinica-como-recurso-de-aprendizaje-juridico.pdf(lectura completa para el profesor)
- c) EL CASO “CAMPO ALGODONERO” ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS THE CASE “CAMPO ALGODONERO” BEFORE THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS; Santiago

<http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/pim/pim18.pdf>(lectura completa)

- d) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs México. Desaparición forzada de personas Inter-American Court of Human Rights. Radilla Pacheco vs. Mexico case. Forced disappearance of persons AlonsoGómez-Robledo; <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/11.5/art/art12.pdf>
- f) COSSIO Díaz, MEJIA Garza y otros., *El Caso Radilla*, estudio y Documentos., Porrúa México., 2012. (lectura completa)
- e) MONROY García María del Mar y Fabián Sánchez Matus., *Experiencia de México ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.*, México., UNAM., 2007.(lectura completa)

ANEXO
LECTURAS SELECCIONADAS

**ANÁLISIS DE LA HISTORIA Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL EN MÉXICO**

"El neoconstitucionalismo como nuevo paradigma"

Artículo elaborado por: *Mtro. Lic. Fernando Márquez Rivas
Catedrático y Coordinador de la Facultad de Derecho
Universidad De La Salle Bajío A. C.

SUMARIO: I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO. II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO SEGÚN LUIGI FERRAJOLI. III. PARA ROBERT ALEXY. IV. EN RICCARDO GUASTINI. V. PARA PAOLO COMANDUCCI. VI. EN JUAN JOSÉ MORESO. VII. PARA LUIS PRIETO SANCHIS. VIII. EN ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO. IX. CONFORME A SUSANNA POZZOLO. X. PETER HÄBERLE. XI. JURGEN HÄBERMAS. XII. RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES. XIII. OTROS JURISTAS. XIV. CONCLUSIONES. XV. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

En general, los derechos que el día de hoy poseen los pueblos ante la autoridad estatal no han sido reconocidos de manera espontánea por el Estado mismo, más bien, han surgido y en su momento histórico se han reconocido a través de exigencias del pueblo; requerimientos que no en pocos casos han ido aparejados del derramamiento de sangre; en fin, han sido el resultado de una lucha ya ideológica en el mejor de los casos, o cruenta en el peor de ellos; por todo ello, podemos afirmar que el constitucionalismo histórico ha ido acompañado por una serie de conquista de derechos.⁽¹⁾ El nuevo paradigma jurídico al que nos referimos es "el neoconstitucionalismo"; surge de los nuevos modelos políticos y jurídicos del Estado constitucional. A partir de la Segunda Guerra Mundial se esbozan las características del constitucionalismo contemporáneo. ⁽²⁾ y también su constante evolución en muchos sentidos. El neoconstitucionalismo busca la interpretación del derecho en base a principios, valores y reglas, se busca una visión más amplia de la constitución en base de principios y valores, no solamente de reglas. ⁽³⁾ El constitucionalismo contemporáneo concibe a la Constitución como un ente viviente, como una norma abierta, no cerrada al cambio, con apertura a modificaciones. Este paradigma se sustenta en la interpretación, la argumentación, la –omnipresencia de la constitución– implica que debe ser el objeto que mida todas las cosas; de igual manera los límites al poder aparecen como una de las características del neoconstitucionalismo, "en el Estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley constitucional" ⁽⁴⁾.

Aguilera Portales considera que el neoconstitucionalismo en cuanto a sus orígenes, puede ser ubicado desde dos perspectivas; la material y la conceptual. Bajo la perspectiva material, considera

las normas y Tribunales constitucionales en los que se materializa; así, en Alemania tenemos a la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y al Tribunal Federal Constitucional Alemán (1951). En Italia tenemos a la Constitución de 1947 y a la Corte Constitucional de 1956, luego en España (1976) y Portugal (1978). En la perspectiva conceptual a fines del anterior y a inicios del presente con la Escuela Genovesa, los iusjuristas Paolo Comanducci, RiccardoGuastinni, Susana Pozzolo, comenzaron con los intentos de sistematización de éste nuevo paradigma; en efecto, Aguilera Portales determina que "se atribuye el uso del término –neoconstitucionalismo– a Susana Pozzolo durante el desarrollo del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho" (5)

El Doctor Aguilera Portales considera como padres de éste nuevo paradigma a Peter Häberle, Klaus Stern, Böckenforde y Martín Kriele (6) entre otros, y fue precisamente a raíz de los totalitarismos existentes en el mundo, tales como el nacionalsocialismo y fascismo, así como de las Guerras Mundiales,(7) así es que se justifica un camino o viraje hacia un "Estado Constitucional", a partir de éste enfoque, ya no hablamos simplemente de un "Estado de Derecho" situación ésta que predominó en los siglos XIX y más de la mitad del XX, –y que sigue predominando en muchos países que aún no se involucran en esta dinámica jurídica– pues como advertimos, ahora, la tendencia es avanzar y consolidar el "Estado Constitucional" o bien valdría decir el Estado Constitucional de Derecho, pues como lo señala Aguilera Portales, el Estado constitucional abarca al Estado de Derecho, pero no a la inversa.(8) El mismo autor expone una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional.(9) Un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. El Estado de Derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas como principio de legalidad, división de poderes, seguridad jurídica. Sin embargo, el Estado Constitucional especifica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado, refiere Aguilera Portales. (10)

En el Estado Constitucional de Derecho y además, la constitución se aplica directamente y tiene una eficacia indirecta en todo el orden jurídico; ya no hay supremacía legal pues anterior a ello se consideraba a la ley como la fuente suprema y las demás fuentes eran subalternas o subsidiarias. Así mismo, en virtud de los lamentables sucesos tiránicos se hace imperioso el volver a valorar los textos jurídicos fundamentales y también como parte de la solución, fue el que se crearan los Tribunales Constitucionales en algunos países europeos, con la finalidad de que éstos se encargaran de la defensa de la Constitución.

También puede señalarse como característica del Estado Constitucional el desplazamiento de las categorías de supra e infralegalidad, hacia una descodificación del Derecho. También otra característica propia del Estado constitucional en oposición al Estado de Derecho, el que haya una decreciente densidad normativa constitucional, es decir, como manifiesta Werner Kagi, (11) una Constitución de mínimos que entiende la división de poderes como cooperación natural y no obstrucción o interferencia de unos poderes sobre otros. En cambio, en un Estado liberal de derecho, opera una creciente condensación de normas, lo que se conoce también como –el desbordamiento legislativo– y se pretende de regularizar todo con absoluta precisión, delimitación y restricción de competencias, el Estado Constitucional diferencia y define funcionalmente ámbitos competenciales, pero no de forma rígida ni restrictiva con la finalidad de que exista una mayor cooperación institucional natural entre los distintos órganos del Estado. (12)

A partir de las ideas del neoconstitucionalismo entre otros aspectos, se reitera el principio de supremacía de la constitución, toda vez que una de las características del neoconstitucionalismo tiende a evitar un desbordamiento legislativo, característica del Estado liberal legalista, con ello se busca la omnipresencia (13) constitucional en todos los aspectos no porque la constitución deba reglamentar y especificar todo, sino más bien a partir de los principios que deben estar contenidos en la constitución; las reglas se emiten a partir de dichos principios, por lo que podríamos decir que de la Constitución hacia arriba están los principios, debajo de la constitución aparecen las reglas, o inclusive, si en la constitución hay reglas, éstas deben ser las menos posibles.

Es de precisar que no hay una definición clara de neoconstitucionalismo, nos referimos a distintos neoconstitucionalismo(s), así lo considera Miguel Carbonell y de ello parte cuando presenta la obra Neoconstitucionalismo(s), donde expone el pensamiento de Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Paolo Comanducci, RiccardoGuastinni, Susana Pozzolo, Prieto Sanchís y otros más. De ellos, Luigi Ferrajoli quien sugiere posibles vías de solución del Estado Constitucional, Robert Alexy quien nos ilustra sobre la forma en que la jurisdicción constitucional alemana opera con ideas neoconstitucionalistas en materia de derechos fundamentales; RiccardoGuastini describe las condiciones de la constitucionalización del ordenamiento. Como juristas que tratan aspectos particulares del neoconstitucionalismo tenemos a Luis Prieto Sanchís que nos habla de la ponderación judicial; Juan Carlos Bayón expone las objeciones contramayoritarias hechas a la justicia constitucional; a Juan José Moreso que trata el tema de los conflictos entre principios constitucionales; y SusannaPozzolo a cerca de la relación entre derecho y moral. Otros han hecho metateorías como Santiago Sastre y Alfonso García Figueroa quienes hablan del papel cometido que debe tener la ciencia jurídica en el Estado Constitucional contemporáneo, y Paolo Comanducci que analiza los tipos de neoconstitucionalismo, Mauro Barbieris analiza la tesis de Carlos Santiago Nino. (14)

De igual manera, en cuanto a su denominación es de precisar que hay quienes simplemente lo denominan constitucionalismo,(15) otros como neoconstitucionalismo como el Dr. Aguilera Portales, por ejemplo, o constitucionalismo contemporáneo como Miguel Carbonell, aunque lo usa indistintamente junto con la expresión neoconstitucionalismo.

Como parte del hilo conductor de éste trabajo, expondremos a continuación el pensamiento jurídico de algunos de los más destacados jusfilósofos que han abordado el estudio del Estado Constitucional contemporáneo en aspectos diversos.

II EL NEOCONSTITUCIONALISMO SEGÚN LUIGI FERRAJOLI

La teoría jurídica del distinguido jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli tiene sustento las ideas pertenecientes a la Escuela analítica italiana (Escuela de Turín), cuyo fundador fue Norberto Bobbio, dentro de la cual, se formó una nueva generación de filósofos del derecho. (16) Para el Luigi Ferrajoli ese tránsito equivale a un "cambio de paradigma relacionado con la validez y legitimación sustancial de las normas, Es decir, una norma no será válida por el simple hecho de haber sido creada por el parlamento, sino también por lo que ésta misma dice, es decir, por su contenido, condicionado de igual manera por normas superiores, esto es, los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales" (17).

El garantismo –uno de los ejes cruciales del pensamiento jurídico de Ferrajoli– pretende "tutelar y establecer mecanismos para proteger los derechos o bienes individuales frente a otras intromisiones tanto del ejecutivo como de otros poderes [...] apuesta por la justificación de un estado democrático de derecho, sustentado en una concepción normativa que apunta a las garantías de los derechos como vínculos y límites del legislador" (18) Una de las funciones del garantismo –subraya Durango Álvarez–consiste en hacer patente las lagunas y antinomias que se presentan en el ordenamiento jurídico y el juez tiene encomendada la función de depurarlas.

En su ponencia "Pasado y futuro del Estado de Derecho", Ferrajoli alude a dos modelos de Estado de Derecho, el Estado legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho, no sin antes precisar el término "Estado de Derecho". El Estado de Derecho puede verse desde el sentido lato o débil en el que cabe cualquier ordenamiento en el que los poderes del estado son conferidos por la ley y ejercitados en la formas y con los procedimientos legalmente establecidos [...] caben aquí los Estados modernos inclusive los antiliberales. En el sentido estricto, o fuerte, sólo los Estados "en que los poderes públicos están, además sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos [...] son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales" (19)

a) El modelo de Estado legislativo de derecho (Estado legal), llamado paleo-iuspositivista, que se da a partir del nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, este modelo afirma el principio de legalidad como único criterio identificador del derecho válido, independientemente de su valoración como justo, sino más bien por haber sido creada por una autoridad que posee competencia normativa. (20)

b) El modelo de Estado constitucional de derecho (Estado Constitucional), que nace a partir de la Segunda Guerra Mundial. El iusfilósofo italiano resalta que en éste modelo, la misma legalidad queda subordinada a las constituciones rígidas,(21) hay una relación de supraordenación de las leyes a la constitución, no importa sólo el hecho que el órgano que las haya creado tenga competencia legislativa, sino que también sus contenidos deben ser coherentes a los principios constitucionales [...] el jurista italiano sigue expresando "en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas." (22)

En cuanto a la jurisdicción, se aplica la ley sólo que constitucionalmente sea válida, la interpretación y aplicación de la ley implica un juicio sobre la ley misma y en su caso denunciar la inconstitucionalidad. Por último, la ley queda subordinada a los principios constitucionales.

La crisis actual en ambos modelos de Estado de Derecho: en el Estado legislativo la crisis afecta al principio de legalidad, su origen son dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal. Las leyes "se cuentan ya por decenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos" (23)

En el Estado Constitucional, la crisis repercute en el garantismo constitucional; el cambio de paradigma tanto en el plano normativo como en el internacional se ha dado solamente en el papel, hasta hoy no hay garantías de su efectividad, no contamos con una jurisdicción penal internacional ni con una jurisdicción constitucional internacional tendientes a la tutela de los derechos humanos en el ámbito internacional. (24) El proceso de integración de Europa está deformando la estructura constitucional de las democracias nacionales, ya en la representatividad política de los órganos comunitarios, ya en el de la rígida subordinación a límites y controles constitucionales anclados en la tutela de los derechos fundamentales. También, gran parte de los centros de decisión y de las fuentes normativas se han situado fuera de los límites de los Estados nacionales lo que pone en riesgo de que se confundan las fuentes así como la incertidumbre de las competencias (tribunales concurrentes y confluyentes), el principio de legalidad y reserva de la ley cada vez tienen menos sentido. (25)

III PARA ROBERT ALEXY

El jurista alemán Robert Alexy nos habla de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. Señala como particularidades del mismo, seis principios fundamentales que destaca a partir de la Ley Fundamental Alemana. "Se trata de los principios fundamentales de la dignidad humana (art. 1.1LF), de la libertad (art. 2.1LF) y de la igualdad (art. 3.1LF), así como los principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social (arts. 20.1; 28.1, Frase 1LF). Entre los derechos fundamentales y los principios relativos a la estructura y los fines del Estado existen, relaciones y tensiones" (26).

En el aspecto que tiene que ver con el neoconstitucionalismo, es de rescatar la posición de los derechos fundamentales en Alemania, y conforme al autor en comentario tiene cuatro singularidades: 1. El Rango máximo, 2. La máxima fuerza jurídica, objetos 3. La máxima importancia, y 4 La máxima indeterminación.

1. El Rango máximo. En cuanto al rango máximo, los derechos fundamentales están regulados en la constitución, del principio *lex superior derogat legi inferiori*, y el Derecho Federal prima sobre el Derecho de los Lander (Estados); por ende, cualquier norma que los contravenga es inconstitucional. (27)

2. La máxima fuerza jurídica. Respecto a la máxima fuerza jurídica, los derechos fundamentales vinculan como Derecho vigente a todos los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), ya que en la república de Weimar los derechos fundamentales fueron declaraciones programáticas que no tenían tutela judicial, era el *Verfassungslirik* –poesía constitucional-. En la república Federal alemana la observancia de todos los derechos fundamentales está plenamente controlada por todos los tribunales, desde el inferior hasta el Tribunal Constitucional. El control judicial se extiende sobre los tres poderes. (28)

3. La máxima importancia. Sobre la máxima importancia del objeto, mediante los derechos fundamentales se decide acerca de la estructura básica de la sociedad. Con la garantía de la propiedad [...], de la libertad de elección de profesión [...], y de la libertad contractual [...] La garantía de opinión, prensa, radio y televisión [...]. Otros derechos fundamentales como la garantía

del honor y la familia, el derecho a la herencia y de libertad religiosa, la 'protección de la vida e integridad física, el Derecho nuclear y del medio ambiente. (29)

4 La máxima indeterminación. Por lo que toca al máximo grado de indeterminación, no se puede deducir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, cobran vida también los volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal. Los derechos fundamentales son lo que son gracias a la interpretación

IV EN RICCARDO GUASTINI

El jurista italiano en turno, su teoría se sustenta en el concepto de "constitucionalización" del ordenamiento jurídico". En efecto, cuando Guastini se refiere a la constitucionalización del ordenamiento jurídico, propone entender "un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales [...] un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y al estilo doctrinal. (30) Por ello, Guastini propone mediante un listado lo que refiere como "condiciones de constitucionalización", y en razón de que se cumplan más o menos estas condiciones, se derivará el grado de constitucionalización, por ello, un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado en función de la satisfacción de dichas condiciones. (31)

Cuadro de condiciones de constitucionalización para Guastini

Condiciones necesarias

1. Una constitución rígida
2. La garantía jurisdiccional de la constitución

Condiciones suficientes

3. La fuerza vinculante de la constitución
4. La sobreinterpretación de la constitución
5. La aplicación directa de las normas constitucionales
6. La interpretación conforme a leyes
7. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.

Condiciones vinculadas entre si

3. La fuerza vinculante de la constitución
4. La sobreinterpretación de la constitución
5. La aplicación directa de las normas constitucionales

Para Guastini las condiciones de constitucionalización que un ordenamiento jurídico debe satisfacer son siete: 1. Una constitución rígida 2. La garantía jurisdiccional de la constitución 3. La fuerza vinculante de la constitución 4. La sobreinterpretación de la constitución 5. La aplicación directa de las normas constitucionales 6. La interpretación conforme a leyes 7. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.

Las primeras dos son condiciones esenciales, sin ellas no existiría propiamente una constitución, de la 3ª a la 7ª son bastantes para hablar de grados de constitucionalización, y de la 3ª a la 5ª están estrechamente relacionadas. (32)

1. Una constitución rígida. La primera condición es que la constitución sea escrita, y que no pueda ser derogada, modificada o abrogada por el legislativo ordinario, sino mediante un procedimiento especial de revisión constitucional. (33)

2. La garantía jurisdiccional de la constitución (34). Que exista algún control sobre la conformidad de las leyes con la Constitución. Por lo general el órgano competente para dicho control es uno jurisdiccional o semi-jurisdiccional.

Sobre el control constitucional hay tres modelos: (35)

a) El norteamericano (control a posteriori por vía de excepción). Es un control en concreto pues lo ejerce un juez ante casos concretos, ello permite que una ley inconstitucional entre en vigor y también sea aplicada antes de que los jueces reconozcan su ilegitimidad constitucional; además, declarada la ilegitimidad constitucional de una ley, no produce efectos generales.

b) El francés (control a priori por vía de acción). Es un control abstracto, el Tribunal Constitucional – o equivalente- impide que una ley inconstitucional entre en vigor.

c) El alemán, italiano o español, control a posteriori (por vía de excepción), in concreto. La determinación del Tribunal Constitucional que declara la ilegitimidad constitucional de leyes, tiene efectos erga omnes, por lo que dichas leyes ya no pueden ser aplicadas por ningún juez.

3. La fuerza vinculante de la constitución

La constitución recoge la ideología cultural del país del que se trate. Incluyen la organización del Estado, la declaración de derechos, derechos entre el Estado y los ciudadanos, declaraciones de derechos de libertad, y además:

a) Principios generales no susceptibles de aplicación inmediata, pues exigen interpretación y concretización ya de los legisladores, jueces y otros órganos Estatales.

b) Disposiciones programáticas, derechos sociales no aplicables inmediatamente, hasta que los programas previstos sean realizados. (36)

4. La sobreinterpretación de la constitución

La constitución es interpretada por jueces, los órganos estatales en general y por los juristas. Toda constitución tiene lagunas pues según Guastini "jamás una constitución puede regular la vida social y política en su totalidad" (37)

Para Guastini, hay dos tipos de interpretación constitucional que caben; la interpretación restrictiva y la extensiva. La restrictiva es la literal se da por el argumento a contrario. Lo que provoca vacíos a

nivel constitucional habida cuenta de que, la constitución sólo regula una pequeña parte de la vida política y social. En la extensiva se basa en el argumento a simili, bajo esta perspectiva la constitución puede ser sobre-interpretada, y se pueden extraer muchas normas implícitas. Así no quedan espacios vacíos del Derecho constitucional. (38)

5. La aplicación directa de las normas constitucionales

Con el constitucionalismo contemporáneo "se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales –sobre todo los principios generales y las normas programáticas– pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta." (39)

6. La interpretación conforme a leyes (adecuadora)

Ningún texto normativo admite una sola interpretación, por tanto, cada interpretación de un mismo texto normativo produce una norma diversa, por ello, al juez es a quien corresponde elegir la interpretación correcta. La interpretación conforme (llamada también adecuadora o armonizante), será aquella que le dé significado a la norma, en virtud de la contradicción entre la ley y la constitución, para así evitarla. (40)

7. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.

Se refiere a la relación entre los diversos órganos Estatales, esta condición según Guastini, depende de varios elementos: el contenido mismo de la constitución, el posicionamiento de los jueces (Tribunal Constitucional o equivalente), de los órganos constitucionales y todos los actores políticos. (41)

V PARA PAOLO COMANDUCCI

Comanducci también jurista italiano, catedrático de la Universidad de Génova propone distintas formas de plantear el neoconstitucionalismo: como método, como teoría y como ideología. El aspecto metodológico se encargará de plantear la vieja fórmula de conexión entre derecho y moral, inclusive, algunos enfatizan que hay el deber ético de obedecer la Constitución y leyes que sean conformes a ella. El teórico brinda una opción mediante el proceso de constitucionalización en el ordenamiento jurídico, contrario al paradigma clásico, legicentrista y de interpretación subsuntiva, esto es, la norma constitucional interpretada a partir de valores y principios fundamentales. El aspecto ideológico enfatiza la limitación del poder político a través de la creación de mecanismos para tutelar a los derechos fundamentales. (42)

Inspirado en las acepciones del positivismo jurídico de Norberto Bobbio, Commanducci propone como ya señalamos, una clasificación análoga del neoconstitucionalismo –teórico, ideológico, y metodológico–, de los cuales para efectos del presente trabajo nos avocaremos al primero de ellos.

El primero de ellos nos apoya para entender el cómo están estructurados y cómo funcionan los sistemas jurídicos contemporáneos, y de algún modo acepta la conexión entre Derecho y moral. (43)

Sobre éste punto Comanducci señala que:

"El neoconstitucionalismo teórico [...] aspira a describir los logros de la constitucionalización [...] El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de, por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley". (44)

Respecto a éste tipo de neoconstitucionalismo, Comanducci hace crítica a las variantes representadas en el neoconstitucionalismo teórico de Ferrajoli y al de Zagrebelsky, pues contienen aspectos que son inaceptables en concepto de Comanducci.

Ante la afirmación de Luigi Ferrajoli, en el sentido que la ciencia jurídica es necesariamente normativa respecto a niveles inferiores del ordenamiento. "La operación de Ferrajoli –según Comanducci– le parece la siguiente: una vez interpretada la Constitución como contenedora de un conjunto de valores, que cuentan con la adhesión política de Ferrajoli, se prescribe a la ciencia jurídica denunciar la invalidez de los materiales normativos infraconstitucionales contrastantes con esos valores, prescribiendo a los órganos competentes la anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales, y el colmar las lagunas (que de axiológicas devienen, en la configuración de Ferrajoli, lagunas técnicas). (45) Así mismo, Ferrajoli sostiene que "cuando un derecho esté establecido por la Constitución y falte una ley que instituya las obligaciones correspondientes, estaremos en presencia de una laguna (técnica) que debería ser denunciada por la ciencia jurídica normativa". (46)

La crítica esgrimida por Comanducci es en el sentido de que la tesis ferrajoliana no es explicativa sino idealista, para comenzar, proviene de una adhesión al neoconstitucionalismo ideológico, no al teórico, de igual manera se le atribuye el haber asignado un rol normativo a la ciencia jurídica, pues se debería concluir (teóricamente) que los derechos instituidos en un ordenamiento específico sin las correspondientes obligaciones, realmente no son derechos, no habría entonces laguna técnica, pues realmente lo que existirían serían derechos subjetivos, ya que todo derecho subjetivo supone siempre una obligación correspondiente. (47)

En relación a la teoría de Gustavo Zagrebelsky se le acusa de partir desde el punto de vista interno en sentido fuerte, pues para Zagrebelsky "la idea de derecho sólo se puede conocer desde el interior, participando en la práctica social llamada Derecho (punto de vista interno débil), y además muestra y propugna la adhesión a los valores expresados por el Derecho, y sobre todo por la Constitución." (48) Igualmente se le acusa de considerar como imprescindible para poder conocer la idea del Derecho, el punto de vista interno de los operadores (jueces, legisladores, juristas y simples ciudadanos). (49)

VI EN JUAN JOSÉ MORESO

Este jurista español catedrático de la Universidad PampeuFabra, retomando elementos de las ideas de Guastini sobre la ponderación abunda sobre los conceptos de "subsunción" y "ponderación", presenta ideas muy esclarecedoras de estos elementos característicos del neoconstitucionalismo.

A la subsunción debemos tenerla en cuenta en cuanto a la aplicación del Derecho y consiste en "la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa". (50)

La subsunción no procede en tratándose de principios constitucionales, cuando se trate de principios y particularmente los que establecen derechos, la operación que corresponde es la ponderación, considerada como rasgo esencial en el neoconstitucionalismo.

La tesis Guastiniana de distinción entre disposición y norma⁽⁵¹⁾ se entiende de la siguiente manera: la disposición es el texto de los documentos legislativos, que son el objeto de la actividad interpretativa; y por norma el contenido de significado de dichos textos; es decir, el resultado de la actividad interpretativa, por tanto, las normas en cuanto contenidos significativos, no son previos a la interpretación, son el resultado de la actividad interpretativa. (52)

La concepción de Guastini sobre la ponderación ante conflicto entre principios. (53) La ponderación tiene las tres siguientes características: (54)

a) Se realiza entre dos principios en conflicto cuyos supuestos se superponen parcialmente provocando una antinomia parcial-parcial, no se resuelve mediante *lex superior derogat inferiori* pues son del mismo rango, tampoco vale *lex posterior derogat priori* pues están expresados en el mismo documento coetáneo, ni *lex specialis derogat generali* pues se trata de antinomia parcial-parcial. (55)

b) Consiste en establecer una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto, implica un juicio de valor para el caso planteado.

c) Vale solo para el caso concreto, por lo que no se establece de manera abstracta, lo que Guastini llama jerarquía móvil. Cada caso es distinto, puede ser que en otro caso en que se opongan los mismos principios, ocurra totalmente un desplazamiento contrario al primero.

De lo anterior Moreso destaca dos consecuencias de la ponderación que nos propone Guastini: a) La ponderación es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva, equivale a un juicio de valor del intérprete; y b) La ponderación tiene como consecuencia el particularismo jurídico, pues sólo valen para el caso concreto. (56)

Según Moreso, la actividad de elegir entre principios en conflicto, se convertiría en una actividad no controlable racionalmente, depende de los juicios de valor subjetivos y de propiedades de las circunstancias que no estamos dispuestos a generalizar.

Prieto Sanchís catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha, describe los rasgos del neoconstitucionalismo de los que destacan la omnipresencia de la constitución, menos espacio a la ley y reglamentos y la omnipotencia judicial. En su sobresaliente obra "neoconstitucionalismo y ponderación judicial", después de hacer algunas observaciones sobre terminología, (57) Considera que son tres las acepciones principales: como Estado de Derecho, como teoría del Derecho y como ideología que justifica o defiende la fórmula política, respecto de ésta última considera que presenta diferentes niveles o proyecciones. (58) En su artículo aborda algunos aspectos de las dos primeras acepciones.

En relación a la primera acepción, como Estado de Derecho, "es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas: una primera que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos [...] esta es la tradición norteamericana [...] la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más neutro de los poderes [...] al poder judicial. La idea de poder constituyente del pueblo se traduce en una limitación del poder político" (59)

El constitucionalismo como teoría del derecho, entiende la Constitución "como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, [...] no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc [...] la idea de poder constituyente no quiere agotarse en los estrechos confines de un documento jurídico que sirva de límite a la acción política posterior, sino que pretende perpetuarse en su ejercicio" (60)

El neoconstitucionalismo –dice el autor– reúne elementos de estas dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera toma la idea de garantía jurisdiccional y la desconfianza ante el legislador; de la segunda, el ambicioso programa normativo que va mas allá de lo estrictamente indispensable para el establecimiento del poder a través de las reglas del juego. Prieto Sanchís resume al neoconstitucionalismo así: "una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces". (61)

Otra de las aportaciones importantes de su obra es la ponderación judicial, nos refiere que ponderar es la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. El presupuesto de la ponderación es que haya razones en pugna, bienes en conflicto. Pero la ponderación supone que debe haber un equilibrio en el plano abstracto, que los principios que se han de ponderar sean del mismo valor, ya que de lo contrario no habría nada que ponderar pues se impondría el de más valor. Ponderar es buscar la mejor decisión (sentencia) para el caso concreto entre dos principios del mismo valor. Aclara también, que no todas las contradicciones o antinomias son ponderables, pues cuando caben los criterios de jerarquía, cronológico o de la especialidad, así se resuelven y no se ponderan. En cambio, cuando dos principios constitucionales se contraponen, no caben los criterios cronológicos ni de jerarquía ya señalados. El criterio de especialidad en ocasiones también puede resultar insuficiente(62) Un

ejemplo de ponderación podría ser en tratándose del aborto cuando por un lado se argumenta el derecho a la vida del ser concebido, puesto que en la legislación de algunos países así se considera basado en la dignidad de la persona humana, y por el otro el derecho de libertad de conciencia de la madre para decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, advertimos un conflicto de valores, de principios. El juicio de ponderación implica que ante el caso concreto donde se advierten razones opuestas no declarará la invalidez de alguna de esas, ni tampoco declarará que una de ellas siempre tendrá que ceder ante la otra pues si eso fuera así, estaría estableciendo una jerarquía. Entonces, al ponderar, decidirá por una de las razones en pugna, sin que ello implique que en otro caso, no deba salir avante la contraria.

Por otro lado, en relación a la ponderación y subsunción, habida cuenta que generalmente se ha considerado que la ponderación es el método alternativo a la subsunción, es decir, las reglas son objeto de subsunción en base a la relación supuesto jurídico consecuencias de derecho; y los principios opuestos, en cambio, son objeto de ponderación. Lo cual no es negado plenamente por Prieto Sanchís, A juicio del autor, operan en fases distintas, pues nos dice: "no creo que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, diciendo algo así como que el juez ha de optar entre un camino u otro [...] cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso subsumir, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios." (63)

VIII EN ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

El profesor español Antonio Enrique PérezLuño nos habla de la primacía de la constitución sobre la ley (integralidad), reserva de la constitución sobre la reserva de ley; y el control jurisdiccional de la constitucionalidad. Este jurista expresa, en el desarrollo histórico del Estado de derecho al Estado Constitucional, se produce una triple desplazamiento del sistema del ordenamiento jurídico: (64) 1) el desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución, 2) el desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de la Constitución 3) El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad. Considera el mismo autor que "en el Estado Constitucional, que el Estado de las actuales sociedades pluralistas, complejas y pluricéntricas, la unidad, coherencia y jerarquía del ordenamiento jurídico no pueden concebirse como un presupuesto de partida sino como una meta" (65)

El Dr. Aguilera Portales en relación a las ideas de Pérez Luño, considera que la supremacía legal donde la ley aparecía como fuente jurídica suprema era una de las características básicas y fundamentales del Estado liberal de derecho, mientras que las demás fuentes normativas eran subsidiarias o subalternas [...] En oposición a esta idea de jerarquía funcional del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico se opone hoy en día la idea de pluralismo jurídico y metodológico. Hoy, las categorías jurídicas de supralegalidad e infralegalidad normativa que reflejaba la concepción neopositivista se está desplazando por una progresiva descodificación del Derecho. Se abandona el principio de jerarquía normativa en función de un "sistema de interlegalidad" o intersección de niveles jurídicos sobrepuestos e interrelacionados de forma asimétrica a partir de las redes de juridicidad. (66) Así como se ha sostenido del binomio insoluble que forman el Derecho y el Estado, que no pueden existir el uno sin el otro, y no tienen otra alternativa más que co-existir, el

jurista español, destaca también una necesaria relación entre los derechos fundamentales y el neoconstitucionalismo, no basta con el mero reconocimiento de derechos fundamentales, sino que debe buscarse la garantía de tales derechos para aspirar a ser un auténtico estado de Derecho. Nos enuncia Pérez Luño, que "el constitucionalismo contemporáneo no sería lo que es de no ser por los derechos fundamentales. La estrecha relación que guardan ambos es insoslayable, los derechos fundamentales necesitan del estado para su plena realización, y este debe garantizar los primeros para considerarse un verdadero Estado democrático de derecho". (67) Así, sigue señalando Pérez Luño "Los derechos fundamentales gozarán de mayor tutela si existe un mayor Estado de derecho, a contrario sensu a menor Estado de derecho, menor tutela de los derechos fundamentales". (68)

Pérez Luño considera que la sociedad debe estar abierta a nuevas exigencias de las que se derivan y cimientan nuevos derechos fundamentales:

"una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, preformativas y axiológicas" (69)

En la actualidad la amenaza de los derechos fundamentales no sólo puede provenir del estado,(70) debemos reconocer que hay derechos privados que coexisten con el Estado; por tanto esos derechos fundamentales también deben tenerse como garantías contra abusos de particulares. (71)

Para Antonio Enrique Pérez Luño, el cambio de Estado de Derecho a Estado Constitucional produce un triple desplazamiento del sistema del ordenamiento jurídico: (72)

- "1. El desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución,
2. El desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de la Constitución; y
3. El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad."

IX CONFORME A SUSANNA POZZOLO

La jurista italiana, en su trabajo titulado "Un constitucionalismo ambiguo" el único objetivo de la autora es evidenciar la ambigüedad que reside en la tesis neoconstitucionalista de la interpretación moral de la Constitución dando argumentos en pro de la tesis separatista entre derecho y moral, y a favor de la autonomía del iuspositivismo metodológico. (73) Su trabajo lo articula en cinco párrafos de los cuales trataré sólo el primero mediante el cual se dedica a circunscribir la noción de neoconstitucionalismo como teoría del Derecho del Estado constitucional. Así las cosas, Pozzolo aclara que neoconstitucionalismo no tiene un significado unívoco y ha logrado una gran aceptación, sus características son: el ser constitucionalista ya que se inserta en la corriente iusfilosófica consagrada a la formulación y predisposición de los límites jurídicos del poder político) y antipositivista; y además su objeto específico se orienta en el estudio de los modernos ordenamientos constitucionales y democráticos occidentales. (74)

El neoconstitucionalismo busca no sólo la validez formal, sino también la validez material. Pozzolo considera que quizá la noción de validez jurídica es una de las razones más importantes para la superación de la metodología iuspositivista. (75) Para la autora resulta inadecuado el que se emplee por el Derecho del Estado constitucional que juzga la validez, antes que nada, por satisfacer criterios materiales, o sea, por su contenido. La mayoría constituciones occidentales han recogido de algún modo, un gran número de principios de justicia, de derechos fundamentales, además derechos de libertad y derechos sociales. Sin embargo, también —considera la autora— se han constitucionalizado a través de expresiones vagas, elásticas, imprecisas, por lo que para ser interpretados y aplicados tendrían necesidad de una toma de posición moral destinada a darles concreción. (76) Para concluir, SusannaPozzolo considera que la conexión entre Derecho y moral sería perjudicial y arbitraria al aplicar las normas constitucionales, al respecto señala que: "el reconocimiento del valor jurídico de la Constitución y sobre todo de sus principios no necesita, al menos desde el punto de vista teórico, un englobamiento del derecho en la moral." (77)

X PETER HÄBERLE

Para el jurista alemán Peter Häberle, la Constitución de un Estado democrático, es una "obra abierta" con un carácter necesariamente falible y, por tanto, revisable. (78) No es un documento histórico muerto, sino un proyecto de sociedad justa que señala el horizonte de expectativas de una comunidad política y que sus miembros mediante sus diferentes lecturas deben ir adaptando a los cambios sociales más allá del papel de meros destinatarios de las normas, los ciudadanos conforman "la sociedad abierta de intérpretes constitucionales". (79)

Häberle enfatiza la importancia de la dimensión cultural de la Constitución (80) que impide fluctuaciones arbitrarias de la norma, hace predecible y controlable el funcionamiento de las instituciones, reduce la tensión entre gobernantes y gobernados y refuerza el Estado de derecho mediante un sistema espontáneo, general y duradero de adhesión a la norma. Así, Häberle constata la relación estrecha y directa entre el desarrollo de los derechos fundamentales y procesos culturales. Ambos procesos el normativo y cultural se estimulan recíprocamente entrando en sinergia e interacción constante. El desgaste del entorno cultural, las regresiones autoritarias, la ausencia de políticas culturales precisas y adecuadas, las deficiencias institucionales, las tensiones políticas no resueltas, las crisis económicas y sociales afectan directamente al desarrollo y crecimiento de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva a lo largo del tiempo y cuentan con una dinámica propia que les permite desdoblarse hacia nuevos espacios y ensanchar su contenido. De este modo, Häberle interpreta la Constitución no sólo como un entramado jurídico de reglas sino como condición cultural de un pueblo. "No es la Constitución sólo un texto jurídico o un entramado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural dinámica, medio de autorepresentación cultural de un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas." (81)

"La Constitución es cultura. Esto es, no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino también sirve para los no juristas, para los ciudadanos. La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento

de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas [...]" (82)

Así, señala Haberle que "la realidad jurídica del Estado constitucional representa sólo una parte de la realidad de una Constitución viva, que en profundidad, es de naturaleza cultural. (83)

En resumen, las características básicas que resalta el jurista alemán son: 1. Considera a la constitución como una obra abierta; 2. La ciudadanía forma una sociedad abierta de intérpretes constitucionales; 3. Los derechos fundamentales son parte importante de la nueva cultura jurídica del Estado Constitucional; 4. Los derechos fundamentales se cimientan en los derechos humanos tanto universales como los derechos ciudadanos nacionales; 5. El Estado queda sometido a la Constitución, por tanto, el Estado Constitucional necesariamente comprende al Estado de Derecho, pero no a la inversa.

XI JURGEN HÄBERMAS

El alemán JurgenHabermas apunta que el estado democrático de derecho no es una construcción culminada, sino más bien tendiente a renovar o ampliar el derecho a nuevas circunstancias; sobre todo con la aparición de nuevos derechos fundamentales (derecho al medio ambiente, a la calidad de vida, a la información, derechos de consumidores, derechos culturales).

Lo que éste autor busca es "reconstruir una teoría de la sociedad a través de la razón comunicativa, ofreciendo fundamentos para fijar discursos formadores de opinión y de decisión que den validez a un Estado posnacional en el que esté incorporado el poder democrático y los principios republicanos ejercitados en forma de derechos. Esto posibilita la existencia de comunidades altamente artificiales que se entienden a sí mismas como asociaciones de miembros libres e iguales. En otras palabras, sostiene la idea de la necesidad de una nueva clausura política del espacio acorde a las condiciones de legitimidad de las formas de auto determinación democrática." (84)

La teoría de JürgenHabermas busca atender a los retos que hoy en día tiene el Estado embebido en un proceso de mutación en las estructuras del sistema económico mundial y atado a las exigencias de las políticas neoliberales. Propone "una nueva clausura del espacio político que posibilite la continuidad de los procedimientos democráticos y de los principios universales republicanos, más allá de los límites organizativos del Estado nación." (85)

Respecto al constitucionalismo contemporáneo en el Estado democrático de derecho, Habermas considera que El estado es una edificación permanente abierta a renovar, ampliar y actualizar las normas jurídicas a nuevas circunstancias, señala que "el Estado democrático de derecho aparece en su conjunto no como una construcción acabada, sino como una empresa accidentada, irritante, encaminada a establecer o conservar, renovar o ampliar un ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiantes" (86)

XII RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES

Para el referido autor,(87) la Constitución no es una mera norma jurídica del Estado, es la norma fundamental, y, de esta forma, desempeña la función primordial y prioritaria de garantizar los derechos civiles y políticos de los ciudadanos acomodando a tal fin la organización de los poderes del Estado. La Constitución es la norma suprema, aquella que no depende de ninguna otra superior. Así pues, la Constitución se articula con un criterio hermenéutico (88) que inspira a todo el resto del ordenamiento jurídico, o sea, la necesidad de interpretar todo el conjunto legislativo en conformidad con la Constitución. El sistema constitucional es un proceso técnico abierto en cuanto norma, porque supone, por un lado, la participación de la pluralidad de intérpretes que van desde el Tribunal Constitucional a la doctrina iuspublicista, pasando por los diferentes operadores jurídicos y políticos, de este modo, aplicar es ya interpretar. (89)

Sacando un extracto, y sistematizando las preponderantes ideas de los principales exponentes del neoconstitucionalismo, Aguilera Portales sintetiza como características del mismo las siguientes:

1. Más principios que reglas o el valor superior de los principios sobre las reglas.
2. En la actuación judicial, tratándose de restricciones a los derechos fundamentales, o cuando haya colisión entre ellos, se emplea el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad en lugar de la subsunción.
3. La omnipresencia de la constitución en todas las áreas y en todos los conflictos relevantes.
4. El carácter extensivo de la actuación judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario.
5. Coexistencia de una constelación plural de valores que a veces entran en contradicción, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de escasos principios coherentes entre sí. (90)

XIII OTROS JURISTAS

Según Gustavo Sagrebelsky, (91) el derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal. El derecho concebido tradicionalmente como un conjunto de normas externas, heterónomas y coactivas se va convirtiendo en un conjunto normativo flexible, adaptable y móvil en el cual la primacía de la argumentación e interpretación jurídica, la prioridad axiológica y deontológica va cobrando cada vez más fuerza... "La ley cede el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta" (92)

En palabras de Jaime Cárdenas "El Estado de Derecho ya no es el "imperio de la ley" sino "el imperio del derecho", es decir, de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores.(93)

Para terminar, mientras que el argentino Carlos Nino propone una lectura moral de la constitución, el jurista italiano Mauro Barbieris lo contradice al considerar que con ello se estaría reduciendo el punto de vista normativo al punto de vista moral del texto fundamental.(94) Juan Antonio García Amado considera que el neoconstitucionalismo provoca inseguridad e incertidumbre, en la medida que se deja al criterio de los jueces constitucionales que parten de su moralidad y subjetivismo al resolver. (95)

XIV CONCLUSIONES

De los ideas antes expuestas, podemos colegir que el constitucionalismo contemporáneo (neoconstitucionalismo) tiene como características principales las siguientes:

1. El desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución, en un estado constitucional es a la norma constitucional a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado; los límites al poder implican que no hay poderes soberanos, pues todos están sujetos a la constitución; así mismo, se busca que la constitución sea ser el objeto que mida todas las cosas lo que se ha llamado la omnipresencia de la constitución.
2. El desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de la Constitución, menos espacio a la ley y reglamentos, el neoconstitucionalismo busca una constitución de mínimos que dé una visión más amplia, que establezca principios básicos, valores fundamentales y las menos reglas que sean posibles; y, por otro lado, también pretende lograr una disminución de la firmeza y precisión de las normas (inclinación a debilitar y cuestionar su sentido jurídico normativo). El estado constitucional contemporáneo también se distingue por una decreciente densidad normativa en la constitución, contrario a nuestra realidad mexicana en la que existe un desbordamiento legislativo, hay demasiadas leyes lo que también resta certeza; y además muchas están formuladas en un lenguaje oscuro.
3. El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad, lo que se ha denominado la omnipotencia judicial o justicia de los jueces.
4. La constitución debe tenerse ante todo, como un fenómeno más jurídico que político, aunque en México, la Constitución se ha inclinado más como un fenómeno político, y además, debe tomar en cuenta la dimensión normativa-integradora-cultural que refieren Smend y Häberle
5. Para que haya un auténtico Estado Constitucional se requiere que todos los poderes (incluido al legislativo) respeten los principios sustanciales establecidos en la norma fundamental, que busca la protección de los derechos fundamentales mediante el principio de supremacía constitucional y la división de poderes entendida como cooperación natural y no obstrucción o interferencia de unos poderes sobre otros. Particularmente en México hemos visto que el órgano legislativo ha abusado de la constitucionalización de aspectos que no lo ameritan. Con frecuencia el poder legislativo burla principios constitucionales de la manera más vil, en ocasiones el Poder Judicial ha resuelto como órgano de interpretación constitucional, que tales o cuales disposiciones normativas son contrarias a la constitución, lo que ha provocado que, el legislativo bajo ciertas circunstancias busque la modificación constitucional por el órgano especial (poder constituyente permanente), a fin de cuentas legislativo, soslayando así las decisiones judiciales interpretativas, para que entonces ya no se puedan tener como inconstitucionales las referidas normas, habida cuenta que lo que está consagrado en la constitución no puede tenerse como inconstitucional. Si partimos de principio y valores, el propio legislativo deberá respetarlos.
6. Este paradigma se sustenta en la interpretación, la argumentación, y busca la validez formal y material de las normas; por lo tanto, no basta que la norma haya sido creado por las autoridades

competentes y conforme a los procedimientos ordinarios establecidos en la norma, sino que además su contenido sea acorde a los principios y valores fundamentales tutelados en la constitución.

7. Se concibe a la Constitución como un ente viviente, como una norma abierta, no cerrada al cambio, con apertura a modificaciones; en aras de encontrar un constitucionalismo interpretativo abierto a fin de garantizar los derechos fundamentales.

8. También se busca que la Constitución sea inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, o al menos cuando la controversia en turno no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, porque haya lagunas, o la solución dada es injusta.

XV BIBLIOGRAFÍA

1. Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, et al, México, Editorial Porrúa, 2010.
2. Los Derechos Fundamentales en la Filosofía Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli, AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, et al., , Letras Jurídicas, 1-21, CUCI, No. 4, primavera de 2007, Guadalajara, 2007.
3. Teoría Política y Jurídica, Problemas actuales, AGUILERA PORTALES, Porrúa, México, 2008
4. "Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", ALEXI, Robert, (Trad. Alfonso García Figueroa)
5. BARBIERIS, Mauro, "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", en CARBONELL, Miguel (ed.) Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2009
6. Neoconstitucionalismo(s), CARBONELL, Miguel, , Trotta, Madrid, 2009
7. "Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico", CÁRDENAS GARCÍA, Jaime, en TORRES ESTRADA, Pedro (comp), Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho, México, Limusa, 2006
8. "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico", COMANDUCCI, Paolo, en CARBONELL, Miguel (ed.) Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2009
9. La Constitución como orden de Valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo, CRUZ, Luis, M., Dikaion, Núm. 18, pp. 11-31, Universidad de la Sabana, Chía Colombia, 2009
10. Filosofía del Derecho: legalidad y legitimidad. DIAZ, Elías, Madrid, Fundación Juan March, 1999

11. Aproximaciones conceptuales a la Democracia constitucional y a los Derechos fundamentales en la Teoría de L. Ferrajoli, DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo A., Opinión Jurídica, Vol. 6, No. 12, pp. 189-204 Universidad de Medellín, Medellín, 2007
12. "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional", FERRAJOLI, Luigi, en Epistemología jurídica y garantismo, Fontamara, México, 2004
13. "Pasado y Futuro del Estado de Derecho", FERRAJOLI, Luigi, (Trad. Pilar Allegue), en CARBONELL, Miguel, (ed). Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, 2003.
14. Sobre los Derechos Fundamentales, (Trad. Miguel Carbonell) Cuestiones Constitucionales, FERRAJOLI, Luigi, Núm. 15, julio-diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006.
15. "Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo", GARCÍA AMADO, Juan Antonio, en CARBONELL, Miguel (ed.) Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2003
16. "Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho, (trad. Castellanos de J. Ferrer), GUASTINI, Riccardo, Gedisa, Barcelona, 1999
17. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano, GUASTINI, Riccardo, (Trad. José María Lujambio), en CARBONELL, Miguel, (ed). Neoconstitucionalismo(s). Trotta, Madrid, 2009
18. "El Estado Constitucional europeo" en CARBONELL, HÄBERLE, P., , Miguel y SALAZAR, Pedro (Ed.) La Constitucionalización de Europa, UNAM, México, 2004
19. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. (prologo de Antonio López Pina), HÄBERLE, Peter, Trotta, Madrid, 19989
20. El Estado Constitucional, HÄBERLE, Peter: Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001
21. Facticidad y validez, HABERMAS, J., Madrid, Trotta, 1998
22. El valor de la Constitución, HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, Crítica, Barcelona, 2003
23. "El demontaje de la Constitución jurídica" en Kagi, Werner, La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado, KÄGI, Werner, Dykinson, Madrid, 2005
24. KÄGI, Werner, La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado, (estudio preliminar Francisco Fernández Segado), Dykinson, Madrid, 2005
25. KERZ, Mercedes, Un nuevo umbral para el Estado moderno, Reflexiones sobre la teoría de JurgénHäbermas, Colección Año, X, No. 15, 125-161, 2004, Pontificia Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, 2004

26. LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos, Del Estado Liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana, en Dikaion, Núm. 18, pp. 247-267, Pontificia Universidad Javeriana, Chía Colombia, 2009
27. MORESO, Juan José, "Conflictos entre principios constitucionales", en CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, 2009
28. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica Núm. 156, UNAM, México 2003
29. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002
30. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Los Derechos Fundamentales, Madrid, Tecnos, 2004, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007
31. POZZOLO, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho), no. 21-II, Alicante, 1998
32. POZZOLO, Susanna, "Un constitucionalismo ambiguo", (trad. Miguel Carbonell), en CARBONELL, Miguel (ed.) Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2009
33. PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial" en CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), (ed). Trotta, Madrid, 2009
34. ZAGREBELSKY, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Madrid, Trotta, 1995

PIE DE PÁGINA

*. Coordinador Académico y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle, Bajío, campus Campestre. León, Guanajuato, México y alumno del Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Procesal, en convenio con Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

1. "La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares hoy en día reivindicados y todavía no todos constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta: primero liberales, luego socialistas, feministas ecologistas y pacifistas." FERRAJOLI, Luigi, Sobre los Derechos Fundamentales, (Trad. Miguel Carbonell), Cuestiones Constitucionales, Núm. 15, julio-diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006, p. 116

2. "El constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, Son ejemplo de este tipo de Constituciones, los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después. CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, 2009, p. 9
3. "En la actualidad, el mundo jurídico sufre una fuerte revolución o cambio de paradigma científico, un nuevo modelo emerge tras los derroteros, ruinas y cenizas del neopositivismo y formalismo jurídico. El neoconstitucionalismo como nuevo paradigma [...] interpreta el Derecho no sólo como un conjunto de normas jurídicas, sino como una combinación armónica de principios, valores, reglas". AGUILERA PORTALES, Rafael, Teoría Política y Jurídica, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 93.
4. FERRAJOLI, Luigi, Sobre los Derechos Fundamentales, (Trad. Miguel Carbonell), Op. cit., p. 115.
5. POZZOLO, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho), no. 21-II, Alicante, 1998, pp 339-353, en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, et Al, Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, México, Editorial Porrúa, 2010, p.4
6. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, et Al, Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, Op. cit., p. 1.
7. "Con la Segunda Guerra Mundial se constató la violación sistemática de derechos humanos por el poder estatal, se hace necesaria la exigencia de respeto, aseguramiento y protección de los mismos, que además por ser inherentes a la dignidad del ser humano debían superar al plano meramente estatal, no se trata de una concesión que el Estado pueda otorgar o quitar, por ello el surgimiento de la internacionalización de los derechos humanos y su protección". NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica Núm. 156, UNAM, México 2003, p. 5.
8. AGUILERA PORTALES, Rafael, et Al, Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, Op. cit., p.2
9. Véase FERRAJOLI, Luigi: "Pasado y futuro del Estado de Derecho" en Carbonell, M., Neoconstitucionalismos, Madrid, Trotta, 2003, 96, en AGUILERA PORTALES, Teoría Política y Jurídica, p. 95
10. En el mismo sentido Ferrajoli señala: "En el Estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley ordinaria y/o constitucional". FERRAJOLI, Luigi, Sobre los Derechos Fundamentales, (Trad. Miguel Carbonell), Op. cit., p.115
11. Vid. KÄGI, Werner "El desmontaje de la Constitución jurídica" en Kagi, Werner, La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado, Dykinson, Madrid, 2005 p. 136. en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, Teoría Política y Jurídica, Op. cit., p. 100.

12. Idem

13. Sobre las cualidades del neoconstitucionalismo, es que "se tornan prácticamente omnipresente en todo proceso de creación y aplicación del derecho. De hecho, en la actualidad, es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación, [...] en el texto constitucional. CRUZ, Luis, M., La Constitución como orden de Valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo, Dikaion, Núm. 18, pp. 11-31, Universidad de la Sabana, Chía Colombia, 2009, p. 16.

14. CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), Op. cit., p. 10

15. Tal es el caso de Luis Prieto Sanchís, así lo refiere Aguilera Portales, Teoría Política y Jurídica, Op. cit., p. 3

16. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, et al., Los Derechos Fundamentales en la Filosofía Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli, Letras Jurídicas, 1-21, CUCI, No. 4, primavera de 2007, Guadalajara, 2007, p. 2.

17. FERRAJOLI, Luigi, "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional", en Epistemología jurídica y garantismo, Fontamara, México, 2004, p. 280, citado por AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, et al, Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, Op. cit., p.3

18. DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo A., Aproximaciones conceptuales a la Democracia constitucional y a los Derechos fundamentales en la Teoría de L. Ferrajoli, Opinión Jurídica, Vol. 6, No. 12, pp. 189-204 Universidad de Medellín, Medellín, 2007, p. 198

19. FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y Futuro del Estado de Derecho" (Trad. Pilar Allegue), en CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), p. 13.y ss

20. Ibid, p. 15.y ss

21. En otro artículo señala lo siguiente: "Gracias a la rigidez de las constituciones la legalidad ha cambiado su naturaleza: no es más sólo condicionante y reguladora, sino que está ella misma condicionada y regulada por vínculos jurídicos no solamente formales sino también sustanciales; no es más simplemente un producto del legislador, sino que es también proyección jurídica de la legislación misma, y por tanto límite y vínculo al legislador y por ello a las mayorías contingentes de las que es expresión". FERRAJOLI, Luigi, Sobre los Derechos Fundamentales, (Trad. Miguel Carbonell), Op. cit., p. 114

22. FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y Futuro del Estado de Derecho" (Trad. Pilar Allegue), Op. cit., p. 18.y ss

23. Cfr. Ibid, p. 20.

24."Este cambio de paradigma se ha extendido, por otro lado, al menos en el plano normativo, también al derecho internacional. Gracias a este embrión de constitución del mundo que está formada por la carta de la ONU y por las declaraciones, convenciones y pactos internacionales

sobre derechos humanos, también la soberanía estatal externa ha sido jurídicamente limitada, por la sujeción de los Estados al imperativo de la paz y a la garantía de los derechos humanos establecidos en esas cartas internacionales. Desgraciadamente, como ha demostrado trágicamente la guerra de Kosovo, este segundo cambio ha sucedido solamente en el papel, ya que permanece sin ningún tipo de garantía de efectividad. Falta una jurisdicción penal internacional capaz de castigar los crímenes contra la humanidad; falta una jurisdicción constitucional internacional capaz de censurar los actos de los Estados y de los organismos de la ONU que violen los derechos humanos internacionalmente establecidos [...]" FERRAJOLI, Luigi, Sobre los Derechos Fundamentales, (Trad. Miguel Carbonell), Op. cit., p. 115

25. FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y Futuro del Estado de Derecho" (Trad. Pilar Allegue), Op. cit., p. 21 y

26. ALEXY, Robert, "Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", (Trad. Alfonso García Figueroa), en CARBONELL, Miguel, Constitucionalismo(s), Op. cit., p. 31. .

27. ALEXY, Robert, "Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", (Trad. Alfonso García Figueroa), en CARBONELL, Miguel, Constitucionalismo(s), Trotta, Madrid, 2009, p. 33.

28. Idem.

29. Ibid, p. 34

30. GUASTINI, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano, (Trad. José María Lujambio), en CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s). Op. cit., p. 49.

31. Idem.

32. Ibid, p. 50

33. Cfr. Idem

34. Cfr. Ibid, p. 51

35. Idem.

36. Cfr. Ibid, p. 52

37. Ibid, p. 54.

38. Ibid, p. 54

39. Cfr. Ibid, p. 55

40. Cfr. Ibid, p. 56

41. Vid. Ibid, p. 54
42. COMANDUCCI, Paolo, "Formas de neocnstitucionalismo: un análisis metateórico", en CARBONELL, Miguel (ed.) Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2003, pp. 83 y ss., en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, et Al, Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2009, p.5.
43. COMANDUCCI, Paolo, "Formas de Constitucionalismo: un análisis metateórico, (trad. Miguel Carbonell), en CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), Op. cit., p. 87
44. Ibid, p. 83
45. Ibid, p. 88
46. Idem.
47. Ibid, p. 89
48. Ibid, p. 90
49. Idem, p. 90
50. MORESO, Juan José, "Conflictos entre principios constitucionales", en CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, 2009, p. 99
51. GUASTINI, Riccardo, "Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho, (trad. Castellanos de J. Ferrer), Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 32-35 y 50-54, en MORESO, Juan José, "Conflictos entre principios constitucionales", en CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), Op. cit., p. 100
52. Ibid, p. 101
53. GUASTINI, Riccardo, "Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho, (trad. Castellanos de J. Ferrer), Op. cit., pp. 169-171, en Ibid, p. 100
54. GUASTINI, Riccardo, "Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho, Op. cit., p. 171, en Ibid, p. 103
55. GUASTINI, Riccardo, "Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho, Op. cit., p. 169, en Ibid, p. 100
56. MORESO, Juan José, "Conflictos entre principios constitucionales", en CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), Op. cit., p. 103
57. Ya que considera que al neoconstitucionalismo se le ha denominado también, "constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son

expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica." PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial" en CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, 2009, p. 123

58. Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial" en Idem.

59. Ibid, p. 124 y ss

60. Idem.

61. Idem, p. 124

62. Ibid, p. 138 y ss.

63. Ibid, p. 144.

64. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 41, en AGUILERA PORTALES, Teoría Política y Jurídica, Op. cit., p. 97.

65. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 66, en Idem

66. AGUILERA PORTALES, Teoría Política y Jurídica, Op. cit., p. 97 y ss.

67. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Los Derechos Fundamentales, Madrid, Tecnos, 2004, 233 pp. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007, p. 1013.

68. Ibid, p. 1043

69. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 66, en AGUILERA PORTALES, Teoría Política y Jurídica, Op. cit., p. 98

70. Pérez Luño considera que "un Estado de Derecho con un reconocimiento pleno a los derechos fundamentales, no garantiza su plena protección ante las violaciones que se pueden cometer por parte de grupos económicos, nacionales y multinacionales, e incluso, por grupos terroristas. Esta problemática nace al considerar que los derechos fundamentales también pueden ser violados por terceras personas y no necesariamente por la autoridad." PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Los Derechos Fundamentales, Madrid, Tecnos, 2004, 233 pp. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Op. cit., p. 1014

71. Vid. LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos, Del Estado Liberal al Estado Constitucional. Op. cit., p. 265

72. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 41, en AGUILERA PORTALES, Rafael, et Al, Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, Op. cit., p.3
73. POZZOLO, Susanna, "Un constitucionamismo ambiguo", (trad. Miguel Carbonell), en CARBONELL, Miguel (ed.) Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2009, p. 187.
74. POZZOLO, Susanna, "Un constitucionamismo ambiguo", Op. cit., p. 190.
75. Idem.
76. Idem.
77. POZZOLO, Susanna, "Un constitucionamismo ambiguo", en CARBONELL, Miguel (ed.) Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2003, p. 210, en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, et Al, Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, Op. cit., p.5.
78. ZAGREBELSKY, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Madrid, Trotta, 1995, en AGUILERA PORTALES, Teoría Política y Jurídica, p.98
79. HÄBERLE, Peter: El Estado Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001; también puede consultarse la obra del profesor ESTÉVEZ ARAUJO, J.A., La Constitución como proceso y la desobediencia civil, Madrid, Trotta, 1994, en AGUILERA PORTALES, Teoría Política y Jurídica, Op. cit., p.98
80. Ibid, p.100.
81. HÄBERLE, Peter, Libertad, igualdad, fraternidad. como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. (prologo de Antonio López Pina), Trotta, Madrid, 1998, p. 46, en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, Ibid, p. 101.
82. HÄBERLE, P., "El Estado Constitucional europeo" en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Ed.) La Constitucionalización de Europa, UNAM, México, 2004, p. 25 en Idem.
83. HÄBERLE, P., "El Estado Constitucional europeo" en CARBONELL, Miguel Op. cit., p. 47, en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, Idem
84. KERZ, Mercedes, Un nuevo umbral para el Estado moderno, Reflexiones sobre la teoría de JürgenHäbermas, Colección Año, X, No. 15, 125-161, 2004, Pontificia Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 129.
85. Vid, Ibid, p.149.
86. HABERMAS, J., Facticidad y validez, Madrid, Trotta, 1998, p. 203, en AGUILERA PORTALES, Teoría Política y Jurídica, Op. cit., p. 97

87. AGUILERA PORTALES, Teoría Política y Jurídica, Op. cit., p. 99
88. DIAZ, Elías, Filosofía del Derecho: legalidad y legitimidad. Madrid, Fundación Juan March, 1999, en Idem
89. HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, El valor de la Constitución, Crítica, Barcelona, 2003, en Idem
90. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, et Al, Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, Op. cit., p.7.
91. ZAGREBELSKY, "El derecho dúctil", Ley, derechos, justicia, Madrid, Trotta, 1995, en AGUILERA PORTALES, Teoría Política y jurídica, op.cit., p. 93.
92. Ibid, p. 94.
93. Cfr. CÁRDENAS GARCÍA, Jaime, "Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico", en TORRES ESTRADA, Pedro (comp), Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho, México, Limusa, 2006, pp. 41-66, p. 41, citado por AGUILERA PORTALES, Idem.
94. BARBIERIS, Mauro, "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", en CARBONELL, Miguel (ed.) Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2003, p. 270, en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, et Al, Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, Op. cit., p. 6.
95. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo", en CARBONELL, Miguel (ed.) Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2003, pp. 237-264, en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, Op. cit., p. 5.

La División de Poderes y el Neoconstitucionalismo

Adolfo Aldrete Vargas¹

¹ Licenciado en Derecho por la División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara, en el periodo de 1993 a 1997; Maestro en Derecho con Orientación en Derecho Constitucional y Amparo de 2005 al 2007, en la aludida universidad; Secretario del Juzgado Octavo de Distrito en Materia Penal en el Estado de Jalisco; en el ámbito académico: Presidente fundador del Colegio de Maestros e Investigadores en Derecho de Jalisco, A.C.; miembro de la Sociedad Mexicana de Estudios Electorales; participó en el XVIII Congreso Nacional en Materia Electoral, con la ponencia "De la integridad en el Derecho a la Ponderación en México"; ha sido docente en la Universidad de Estudios Académicos y en el Instituto de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación, extensión Puente Grande, Jalisco; catedrático del Posgrado en Derecho de la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, de la Universidad de Guadalajara, con las materias: "La acción de amparo" y "El juicio de amparo indirecto"; email: adolfo_aldrete@yahoo.com.mx

SUMARIO: I. Introducción. 1 Aspecto histórico. 2. Aspecto doctrinal. II. De la teoría de la separación de poderes. III. La separación de poderes en México. IV. Neoconstitucionalismo. 1. Introducción. 2. La separación del paradigma de los modelos históricos constitucionales. 3. Justicia constitucional y democracia. 4. La ponderación judicial. a) Aspecto Jurídico. b) Aspecto doctrinal. c) La ponderación en México.

V. Conclusiones. Bibliografía.

“La soberanía radica por esencia en el pueblo, éste es el principio y fin de toda la organización política. El pueblo es su propio legislador y juez. El pueblo crea y destruye las leyes.”

Juan Jacobo Rousseau

I. Introducción

La separación de poderes, ha sido una de las soluciones jurídicas más efectivas en la historia del derecho; vino a equilibrar el abuso del poder que se concentraba en un sola persona, que llegó incluso al extremo del tiranismo; sin embargo, como todo lo bueno, tiene una caducidad y un ciclo, y considero que la división de poderes, desde una conformación positivista en nuestro tiempo ya es insuficiente para las necesidades en la interpretación y aplicación del derecho constitucional; a la luz del neoconstitucionalismo, se presentan nuevas ideas que vienen avanzando como propuestas sólidas a las que vale la pena poner una especial atención, así como buscar el enlace al derecho mexicano, que desde luego nos pondría a la vanguardia jurídica, en la instauración de un Estado de derecho.

1. Aspecto histórico

Los doctrinistas e investigadores jurídicos, desde siempre han buscado un estado de derecho, que nos permita establecer una justicia equilibrada para todos; sin embargo, la historia nos indica una y otra

vez, que por naturaleza el hombre siempre ha tratado de controlar del poder y que una vez que lo ha obtenido, tiende a buscar un mecanismo para perpetuarse en él.

Es entonces que se han creado diversos métodos jurídicos y formas de gobierno y representación que han permitido la organización política de los pueblos, los cuales han evolucionado conforme las necesidades, tanto históricas, culturales, religiosas, políticas, etcétera.

La revolución francesa vino a marcar una nueva época en la historia del derecho, se introdujeron ideas liberales y de organización social que permitieron concebir distintos conceptos en la distribución del poder, que hasta ese momento se concentraba en una sola persona "El Monarca" o "Soberano"; fue un periodo que se vio rodeado de revueltas que vinieron a concluir con el reconocimiento de los derechos humanos y garantías individuales, los cuales fueron elevados a rango constitucional; ideas que surgieron de una tendencia *iusnaturalista* del derecho.

2. Aspecto doctrinal

En franca oposición a la corriente *iusnaturalista*, surge la diversa llamada *positivista*, la cual vino a fijar el rumbo del derecho público y que incluso hasta nuestros días, sirve de base al derecho que es aplicable en nuestro sistema jurídico mexicano.

El positivismo jurídico fue iniciado por Gerber, en su Teoría del Estado, continuado por Laban, en su derecho público del imperio alemán, la cual culmina en forma sistemática en la Teoría General del Estado de Jellinek, la que luego obtendría el formalismo Kelseniano, al publicar este último la teoría pura del derecho.

Jellinek, en la obra antes citada, según escribe Pedro de la Vega, formula la teoría de la autolimitación del Estado, donde básicamente dispone que la facultad de imperio, en el ejercicio de esa soberanía y de su potestad de autodeterminación, puede también autolimitarse; en otras palabras, el que a sí mismo se determina, a sí mismo se limita. Lo que es retomado en la tradición constitucional norteamericana, precursores en el estudio de la soberanía, y que según Manuel Ballbé, en su obra La

Soberanía Dual, a dicha tradición se le denomina *checks and balances*, que en esencia establece un sistema de equilibrio entre los poderes del Estado o la separación de poderes.

De ahí que, Jellinek en su tratado de referencia, sostuvo que el pueblo al adquirir la unidad del Estado, termina encontrando su identificación y significación jurídica, como titular del poder soberano; y es precisamente en virtud de la autolimitación, que se decide someter al Estado al plano de igualdad con los individuos, donde se abre la posibilidad de la creación de una doctrina jurídica y la noción de los derechos públicos subjetivos, con la cual se inicia el camino para el tratamiento de esos derechos.

Sin embargo, por exigencias de la propia dogmática positivista, refiere el doctrinista Pedro de la Vega, al presentarse los derechos subjetivos como meros reflejos de los derechos objetivos reconocidos por el Estado, la misma noción de los derechos públicos subjetivos nace en forma mutilada.

Es en este momento, donde podemos asumir que en la historia se reconocieron los derechos subjetivos, con el nacimiento del principio de la autolimitación del Estado como presupuesto inexcusable de la construcción positivista, teniendo en consideración que si bien el Estado podría decidir limitarse, bien podría decidir lo contrario.

Ahora bien, es necesario analizar el trabajo desarrollado por uno de los más grandes juristas del siglo XX, de origen vienés, me refiero a Hans Kelsen, o como se le ha denominado el padre del positivismo.

El formalismo kelseniano representa la coronación del positivismo jurídico, desde los postulados de la dogmática clásica del derecho público. Haciendo alusión al ensayo efectuado por Pedro de la Vega, ya antes mencionado, dicho autor lleva a cabo un análisis del trabajo de Kelsen, donde considera que este último realiza un esfuerzo por eliminar de la teoría del derecho y del Estado toda clase de impurezas políticas, ideológicas, sociales y metajurídicas; por lo que aparece así el derecho, en cuanto normatividad positiva, como el único referente válido para el jurista; lo que significa que los dualismos con los que había operado la teoría jurídica y política precedente, expresados en las distinciones entre derecho objetivo y subjetivo, derecho público y privado, Estado y Derecho, etcétera, dejaban de tener sentido.

Sobre los fundamentos de su obra *La teoría pura del derecho*, Kelsen edifica una teoría del Estado estrictamente jurídica, depurada de elementos valorativos y cuyos problemas fundamentales terminarían girando en torno a la producción y la validez o vigencia del orden jurídico.

II. De la Teoría de la separación de Poderes

La teoría de la división de poderes, no es meramente un principio doctrinario perpetrado inmóvil, sino una institución política proyectada en la historia, desde Aristóteles hasta Montesquieu, todos los pensadores a quienes preocupó la división de poderes, dedujeron sus principios de una realidad histórica concreta. De la comparación entre varias constituciones de su época y al tener en cuenta el Estado-ciudad realizado en Grecia, Aristóteles diferenció la asamblea deliberante, el grupo de magistrados y el cuerpo judicial. De las varias formas combinadas que descubrió en la constitución romana, Polibio dedujo la forma mixta de gobierno. En presencia de la realidad francesa de su época, Bodino afirmó la existencia de cinco clases de soberanía, que por estar indivisible incluyó en el órgano legislativo. Por la participación del estado alemán después de la paz de Westfalia, Puffendorf distinguió siete potencias *summiimpleri*; y, por último infiriendo sus principios de la organización constitucional inglesa, Locke y Montesquieu formularon la teoría moderna de la división de poderes.

En su obra *Teoría General del Estado*, Carré de Malberg lleva a cabo un estudio sobre los antecedentes modernos de la teoría de la división de poderes, donde refiere que John Locke, parece haber sido el primero en advertir la utilidad de una separación de poderes, pero no consiguió desarrollar una teoría suficientemente clara.

Sostiene además que Locke, en su obra *Traité di gouvernement civil*, distingue cuatro potestades: el poder legislativo, que presenta como el poder preponderante, el poder ejecutivo, que queda subordinado al legislativo, el poder federativo o la facultad de dirigir las relaciones en el extranjero y la prerrogativa, que es el conjunto de los poderes discrecionales que tiene el monarca inglés. Para Carré de Malberg, Locke aprueba y recomienda en cierta medida, la separación de las potestades legislativas entre órganos diferentes, pero no trata a estas dos potestades como iguales e independientes entre sí, tampoco llega en definitiva a afirmar la separación de poderes, por lo que no fue extraño que el monarca de su tiempo haya acumulado todas esas funciones para sí.

Viene a ser Montesquieu, quien trae la fórmula de la teoría moderna de la separación de poderes, pues no se limita a discernir poderes por medio de una distinción abstracta; se preocupa especialmente de separar el ejercicio de ciertas funciones entre titulares diferentes, es una teoría de separación orgánica.

Según supone Carré de Malberg, la originalidad de la doctrina de Carlos Luis de Secondant, barón de Montesquieu, es el hecho de enunciarse en forma de principio general, pues formula una de las condiciones fundamentales de la debida organización de los poderes en todo Estado bien ordenado. Locke al hablar de separación de poderes legislativo y judicial, no había hecho sino exponer el estado de cosas establecido en la constitución Inglesa. Por su parte Montesquieu no consideró ningún Estado en particular, sino que se refirió a un Estado ideal.

La doctrina de Montesquieu se refiere al sistema del *Estado de Derecho*; sin embargo, esa doctrina implica ciertas disposiciones que deben tomarse en cuenta, para asegurar la libertad de las autoridades públicas, en sus relaciones las unas con las otras, por cuanto se trata para cada una de ellas, del ejercicio del poder que les está especialmente atribuido.

La división de las competencias y la especialización de las funciones, no pueden por sí solas, ser suficientes para realizar la limitación de los poderes. Para que esa limitación se asegure, es necesario, además, que ninguna de las tres clases de titulares de los poderes posea o pueda adquirir superioridad, que le permitiera dominar a las otras dos, y que por lo mismo, podría poco a poco degenerar en omnipotencia. Para ello, es indispensable que los titulares de los tres poderes estén, no solamente investidos de competencias distintas y separadas, sino también convertidos, por su constitución orgánica, independientemente e iguales los unos respecto de los otros. Sólo con esta condición podrán efectivamente limitarse y detenerse entre sí. Desde este punto de vista, la teoría de Montesquieu mereció ser calificada como sistema de frenos y contrapesos o también como la teoría de la balanza y del equilibrio de los poderes.

Desde su aparición, la teoría de Montesquieu tuvo una resonancia considerable, llegaba muy a propósito, en el tiempo en que el sistema de la monarquía absoluta había pasado de su apogeo en Francia y estaba destinada a una destrucción. Por reacción contra el absolutismo, la separación de poderes estaba llamada a ser uno de los dogmas políticos fundamentales de los hombres que prepararon y dirigieron la revolución francesa.

Ignacio Burgoa, al efectuar un estudio, sobre el principio de división o separación de poderes, en su obra *Derecho Constitucional Mexicano*, sostiene que el régimen democrático fue adoptado por todas las constituciones mexicanas; circunstancia que era la consecuencia de las dos primordiales corrientes jurídico-políticas que informaron las bases fundamentales de nuestro constitucionalismo; la que emanó de los ideólogos franceses del siglo XVIII y la que brotó del pensamiento de los políticos y juristas que crearon la Unión Norteamericana.

En lo tocante a la idea de soberanía popular siempre estuvo presente Rousseau en la mente de los creadores y estructuradores del Estado mexicano. Montesquieu, por su parte, ejerció indiscutiblemente influencia sobre ellos, y fue así como desde la Constitución de Apatzingán se proclama el consabido principio en sus artículos 11 y 12, que establecen respectivamente que "*tres son las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas en los casos particulares*" y, que "*estos tres poderes legislativo, ejecutivo y judicial no debe ejercerse por una sola persona, ni por una sola corporación*".

En el decreto de 24 de febrero de 1822, que adoptó la monarquía moderada constitucional con la denominación de *imperio mexicano*, se declaró que: "no conviniendo queden reunidos el poder legislativo, ejecutivo y judicial, el congreso se reserva el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión"; habiendo delegado interinamente el poder ejecutivo en las personas que componían la regencia y el judicial en los tribunales existentes a la sazón o en los que posteriormente se implantasen.

El principio de la división o separación de poderes en México, entraña la imputación de la capacidad jurídica para realizar esos distintos tipos de actos de autoridad entre diversos órganos del Estado, o sea, la distribución de las tres funciones de imperio entre ellos, sin que su ejercicio pueda reunirse o concentrarse en un solo órgano estatal.

En otras palabras, la calificación de órgano legislativo, ejecutivo o judicial, obedece a sus respectivas funciones primordiales, las que estriban en elaborar leyes, en aplicarlas a casos concretos sin resolver ningún conflicto jurídico o en decidir controversias de derecho conforme a ellas. Esta primordialidad funcional no excluye, sin embargo, que cada uno de dichos órganos pueda ejercer funciones que no se comprendan en su primordial esfera competencial.

Así, en el Estado mexicano, los órganos legislativos, es decir aquéllos cuya actividad consiste en elaborar leyes, pueden desempeñar la función ejecutiva o administrativa o la judicial, en los casos expresamente previstos en la Constitución Federal. Esta situación también se registra tratándose de los

órganos ejecutivos y judiciales, ya que los primeros pueden ejercer el poder; el poder ejecutivo y judicial al elaborar respectivamente normas generales, abstractas e impersonales (reglamentos) y solucionar conflictos de acuerdo con la competencia constitucional de excepción que les atribuya la Carta Magna; y, los segundos, a su vez, realizar actos intrínsecamente legislativos y administrativos.

Bajo esos principios rectores, en nuestro Estado mexicano el constituyente permanente basó el establecimiento de la soberanía en la ya creada Constitución de Cádiz, promulgada el 18 de marzo de 1812, la que en su artículo 30, declaraba que la soberanía nacional reside en el pueblo; dicho artículo pasó a la Constitución mexicana del 5 de febrero de 1857, con el artículo 39 y con este mismo número llega a la constitución vigente de 1917, el cual quedó como sigue:

“Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo, todo poder dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

De acuerdo con los antecedentes históricos, la organización del gobierno mexicano, determinó que la mejor forma de gobierno radica en la desconcentración de los poderes, es decir en su división, lo que quedó establecido en el artículo 40 constitucional que al respecto refiere:

“Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.

De ahí que en dichos artículos constitucionales se hayan establecidos las bases para la creación de una democracia popular, donde el derecho positivo plasmado en su Carta Magna, establecía que la soberanía recae sobre el pueblo, quien en todo momento puede optar por la forma de gobierno que mejor le parezca, circunstancias que hasta este momento no han sido tocadas en lo absoluto.

En tales condiciones, es importante establecer que los tratadistas han sido uniformes al establecer que la separación de poderes viene a dar una connotación de seguridad jurídica a un Estado de derecho; pues las violaciones a la ley se ven limitadas por la propia norma, que es a lo que llamamos *garantía*

inmanente y que tutela la propia constitución; es decir, garantiza los derechos de los gobernados, la regulación de los órganos de poder, pero además se garantiza a sí misma.

Consecuentemente, es importante traer a colación el principio de derecho que reza: "Los gobernados pueden hacer todo lo que no les está expresamente prohibido, pero los gobernantes, únicamente pueden hacer lo que les está expresamente permitido". Todo lo cual se ve reflejado en un Estado de derecho.

En el desarrollo de este ensayo, hemos hecho referencia a las corrientes doctrinarias del derecho natural (*iusnaturalismo*) y a la diversa que impera en el principio de legalidad del derecho actual, me refiero al positivismo. Este último, ha sido la base en la que se ha regulado la legalidad de nuestro derecho mexicano, al grado incluso, de que para que los derechos humanos sean considerados garantías, tienen que estar reconocidos en la Ley Suprema (derecho positivo).

Dentro del régimen positivista mexicano, tenemos un sistema complejo de representación de la soberanía popular, basada en las normas constitucionales fijadas por el constituyente de 1917, donde se determinó, en los numerales 39 y 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que la soberanía radica en el pueblo y, que por la potestad otorgada por éste, el constituyente determinó que el Estado mexicano se constituiría en una república representativa, democrática y federal; de igual forma, se fijaron los lineamientos para determinar en su artículo 49 de la Carta Magna, que el Supremo Poder de la Federación, se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Este el sustento constitucional para determinar que en México existe una división de poderes.

Un sistema constitucional basado en la teoría a que hemos hecho referencia a lo largo de todo este trabajo, me refiero al positivismo jurídico, el que en esencia se reduce al acatamiento de un principio de legalidad, fijado en nuestro derecho mexicano por el constituyente, se ve concretizado en el sistema de frenos y contrafrenos o denominado en el derecho americano como *checks and balances*, en el cual se inspiraron nuestros juristas, y que establece un sistema de equilibrio entre los poderes del Estado o la separación de poderes.

IV. Neoconstitucionalismo

1. Introducción

El constitucionalismo contemporáneo, -en palabras de Miguel Carbonell, al prologar la obra intitulada *Neoconstitucionalismo*-, definió sus características en los últimos cincuenta años, a partir del final de la Segunda Guerra Mundial.

Los estudios y traducciones llevados a cabo por Carbonell en sus compilaciones, han permitido que esta figura del neoconstitucionalismo, se conozca en nuestro país; dicho modelo ha tenido un auge importante en Europa, por el estudio que han desarrollado diversos autores de renombre, quienes en sus ensayos han analizado desde diversos aspectos, cuestiones generales, mientras otros se han detenido en estudiar conceptos más particulares del neoconstitucionalismo.

Carbonell, hace referencia a un grupo de escritores que realizan sus ensayos con un contenido más general, como Ferrajoli, quien aborda los modelos del Estado de Derecho y del Estado constitucional; Alexy, que ilustra sobre la forma en que la jurisdicción constitucional alemana opera con ideas neoconstitucionalistas en materia de derechos fundamentales; Guastini, que describe las condiciones de la constitucionalización del ordenamiento, así como la forma en que dichas condiciones se han desarrollado en Italia. En tanto que hay ensayos con análisis sobre aspectos particulares del neoconstitucionalismo, como Luis Prieto Sanchís, sobre la ponderación judicial en el neoconstitucionalismo, sólo por citar algunos.

Entonces para entender el concepto del neoconstitucionalismo, considero es necesario efectuar un análisis a diversos autores que proponen un estudio diferente a las figuras constitucionales modernas, como más adelante se verá.

2. La separación del paradigma de los modelos históricos constitucionales

Según Luigi Ferrajoli, dentro de los estudios de los juristas, se presenta una nueva corriente doctrinaria denominada *Neoconstitucionalismo* que encuentra su base en la separación del paradigma de los modelos históricos constitucionales: el derecho premoderno, el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho.

El *iusnaturalismo* es retomado en la teoría del derecho premoderno, al implementarse los valores en la integración del derecho con el Estado, donde se llegan a elevar a rangos legales y reconocer conceptos como la justicia, la igualdad, la libertad, etcétera.

En tanto que el positivismo jurídico, como ya se analizó al principio de este trabajo en los estudios de Jellineck y Kelsen, se basa en la elevación del derecho sobre el principio de legalidad. El Estado de derecho moderno nace con la forma del estado legislativo de derecho.

Un cambio de paradigma de la jurisdicción se somete a la ley y al principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación; *iusnaturalismo* y positivismo jurídico; derecho natural y derecho positivo pueden entenderse como las dos culturas y las dos experiencias jurídicas que están en la base de dos opuestos paradigmas.

Para Ferrajoli, en su ensayo sobre *El pasado y el futuro del Estado de derecho*, el primer cambio de paradigma del derecho se produjo con el nacimiento del estado moderno y la afirmación del principio de legalidad como la norma de reconocimiento del derecho positivo. Un segundo cambio es producido con la subordinación de la legalidad a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Finalmente hay otra transformación, la subordinación de la ley a los principios constitucionales, ambos modelos de estado de derecho afectan al estado legislativo y al estado constitucional de derecho; sostiene además que la crisis se manifiesta en regresión a un derecho jurisprudencial de tipo premoderno, al que afecta el principio de legalidad y tiene su génesis en la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal.

Este estudio, permite observar la tendencia al establecimiento de un tercer modelo de Estado de derecho, donde la legalidad retoma un papel menos rígido observado en el positivismo jurídico, donde se conceptualiza a la Constitución como un límite y como un ideal de estabilidad y de equilibrio en los supuestos jurídicos establecidos por el constituyente, que representa la soberanía del pueblo.

En palabras de Santiago Sastré Ariza, el *Neoconstitucionalismo* se presenta como un nuevo paradigma jurídico, donde las constituciones modernas se caracterizan por reunir dos funciones fundamentales: en primer lugar, la noción de poder constituyente va perdiendo su significado revolucionario y se va asociando cada vez más al concepto de legalidad constitucional; es decir, la posibilidad de una legalidad superior a la ordinaria y que, por tanto, es capaz de limitar al legislador; en segundo lugar, la Constitución aparece como un marco normativo regido por el principio del pluralismo en el que se establecen las reglas del juego democrático, pero esto no impide que pueda desempeñar una importante función directiva para el futuro, ya que en ella se establecen los principios fundamentales que deben regir la comunidad.

3. Justicia constitucional y democracia

Víctor Ferreres, al estudiar el neoconstitucionalismo, efectúa un ensayo respecto al tema de la *Justicia constitucional y democracia*, donde sostiene que cada vez más países democráticos establecen constituciones que reconocen derechos y libertades, además de que gozan de protección jurisdiccional frente a las leyes aprobadas por el Poder Legislativo.

La garantía jurisdiccional de los derechos y libertades frente al aludido poder se clasifica de dos maneras:

Modelo americano: donde todo juez tiene reconocida la potestad de inaplicar las leyes que estime contrarias a la Constitución.

Modelo europeo: en el que sólo un tribunal especial -Tribunal Constitucional- tiene competencia para pronunciar con efectos generales, la inconstitucionalidad de la ley.

Desde una perspectiva comparada, dispone Víctor Ferreres, se puede hablar de *justicia constitucional* o *control constitucional de la ley*, para englobar ambos modelos.

Sigue sosteniendo este autor, que la institución de la justicia constitucional plantea como problema teórico el cómo justificar su existencia en una democracia, si el principio democrático establece que las decisiones que afectan a la colectividad deben ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto, bajo la regla de la mayoría; además, que ese principio abstracto se concreta en el establecimiento de un sistema representativo en el que el Poder Legislativo se elige periódicamente por sufragio universal, al tomar las decisiones por mayoría; entonces ¿por qué deberían someterse las decisiones de ese poder a un control judicial?

Al efecto, Ferreres refiere que una posible respuesta es que la propia Constitución ha querido que las leyes se sometan a un control judicial. La legitimidad de la justicia constitucional deriva de la Constitución, la cual es expresión de la voluntad popular.

Manuel Aragón, al efectuar el estudio respecto de los tribunales constitucionales, no niega que los valores superiores puedan utilizarse a efecto de interpretar los diversos preceptos constitucionales, pero rechaza que el Tribunal Constitucional pueda partir de ellos como razones para descalificar una ley aprobada democráticamente.

4. La Ponderación Judicial

a) Aspecto jurídico.

El sustento jurídico, en el que se ha basado la ponderación en España, se encuentra previsto por el artículo 9.3 de la Constitución Española, el cual al efecto dice:

“Artículo 9...

“...3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Por su parte la legislación mexicana fija las bases para la interpretación constitucional por parte el Poder Judicial de la Federación. Soporte jurídico para la aplicación de la ponderación en nuestro país, pues al efecto el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, refiere:

“Art. 94.- Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito...

“...La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación...”

b) Aspecto teórico.

Esta figura ha sido estudiada por el jurista Luis Prieto Sanchís, en su ensayo *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*, quien refiere, que la jurisprudencia constitucional es lo que suele conocerse con el nombre de juicio de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad, y que representa el método característico para la aplicación de las normas constitucionales.

En palabras de Prieto Sanchís, la acepción que presenta el verbo ponderar, en el sentido jurídico, debe entenderse como aquéllo que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre pesos de dos cosas; en la ponderación siempre hay intereses o razones en pugna, bienes en conflicto o normas que establecen justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión.

La versión más depurada de la genérica razonabilidad nos la ofrece el principio o máxima de la ponderación, que es el método habitualmente utilizado por los tribunales constitucionales para resolver entre derecho y otros bienes constitucionales.

En pocas palabras, la prueba de la ponderación se descompone en cuatro elementos que deberán ser sucesivamente acreditados por la decisión o norma impugnada: primero un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos; segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin; tercero la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio de un derecho, al concluir que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo; y, finalmente la proporcionalidad en sentido estricto, que supone ponderar entre daños y beneficios; es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los

beneficios que se obtienen a través de la medida limitadora y los daños o lesiones que de la misma se advierta.

El resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, en ocasiones, tal equilibrio, que implica un sacrificio parcial y compartido, se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos.

En cambio, donde sí debe existir equilibrio es en el plano abstracto de validez, todos los principios deben tener el mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar, ya que para el caso de un conflicto, sencillamente se impondría el de más valor; consecuentemente, la ponderación parte de la igualdad de las normas en conflicto, dado que si no fuese así, si existiera un orden jerárquico que se pudiera deducir del propio documento normativo, la antinomia podría resolverse de acuerdo con el criterio jerárquico.

En palabras de Robert Alexy, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Desde la perspectiva de la justicia constitucional y de sus relaciones con el legislador, el problema no reside sólo en que la ponderación reclame algún tipo de valoración, sino que abre el juicio de constitucionalidad a los discursos aplicativos, con dos importantes consecuencias: la primera es que si bien en nombre de la ponderación puede declararse la invalidez de una ley, por lo común su juego se traduce en una desaplicación; la segunda consecuencia es que, al abrirse a los discursos aplicativos la ponderación se ha convertido en un formidable instrumento de justicia constitucional en manos del juez ordinario, pero es obvio que éste no puede verificar un control de validez de las leyes, pero sí moverse con relativa libertad merced a la ponderación (control constitucional subsidiario).

Una de las tendencias neoconstitucionalistas, es precisamente la de romper con las paradigmas constitucionales, regidos por la doctrina positivista. Susana Pozzolo, en su ensayo sobre el *neoconstitucionalismo* aporta elementos significativos los cuales ha denominado como *la especificidad de la interpretación constitucional*, que permiten concebir la tendencia de esta nueva corriente.

En dicho estudio, establece diversas tesis, donde sostiene que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios; recomendaciones que van dirigidas al juez constitucional, a quien sugiere el uso de justificaciones basadas en argumentos de justicia.

Refiere además, que la tesis de los principios se encuentra ligada a la teoría de la interpretación, donde dichos principios ya no serían interpretados y aplicados según el método de la *subsunción* de las normas, sino que ahora, se requiere de la ponderación.

Es precisamente, donde la jurista retoma la tendencia neoconstitucionalista, al establecer que dicha técnica interpretativa consta de tres pasos:

Primero: Debe existir una operación interpretativa tendiente a localizar los principios aplicables al caso concreto. Se presupone que los principios idóneos para regular el caso concreto son siempre más de uno y que se presentan siempre en una relación de antinomia parcial. Es decir, se presupone que ambos regulan el caso, pero que tales regulaciones son sólo parcialmente coincidentes.

Segundo: Los principios así localizados son internamente sopesados para ponerlos en relación jerárquica, obviamente axiológica: el principio de mayor peso prevalece sobre el principio de menor peso.

Tercero: La jerarquía axiológica instaurada por el intérprete se caracteriza por no estar construida en abstracto, sino en concreto. O sea, se construye en relación al caso examinado y tiende, por tanto, a presentarse cambiante, pues dependerá de las características peculiares de cada caso específico.

Concluye la autora, que supuesta la presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción y la penetración general del texto constitucional, al juez se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales; por lo cual, si con anterioridad el juez interpretaba o aplicaba el derecho independientemente de la valoración del caso concreto, ahora debe interpretar el derecho a la luz de las exigencias de justicia en el caso específico; la interpretación axiológica

del caso, incide de éste modo en la interpretación de las palabras del derecho; debido al peculiar papel asumido por el juez, éste tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico.

Una interpretación basada desde el punto de vista de su aplicación, sostiene que los principios y la técnica de la ponderación pueden incrementar la indeterminación del derecho y la discrecionalidad de un juez ordinario, antes sometido sólo al imperio de la ley, y ello según refiere Paolo Comanducci, en su obra *Interpretazione Della Costituzione, Assaggi di metaética due*, por su mayor grado de vaguedad, por la ausencia de una moral común y porque en la ponderación falta una jerarquía estable y general entre los principios.

Pero desde un enfoque diverso, donde se considera al legislador sometido al control de constitucionalidad (particular y concreto), el mismo fenómeno parece tener justamente el efecto contrario, donde antes existía discrecionalidad política, ahora se alzan los principios, y consiguientemente, la ponderación aplicada por los jueces, porque donde antes existía indeterminación, ahora pretende existir la determinación ofrecida por dichos principios.

De ahí entonces que las tesis y contratesis respecto de los beneficios de la ponderación son materia de debates, pues por una parte, los juristas que apoyan el positivismo jurídico sostienen que la ponderación sustituye la discrecionalidad legislativa y a la democracia constitucional; mientras que los precursores del neoconstitucionalismo, sostienen en la ponderación un avance decisivo del Estado de derecho, de manera que en lugar de decidir el legislador simplemente lo que quiere, cuando establece una norma abstracta, dirigida al pueblo en general, ahora decide el juez lo que se debe, basado en las técnicas de la argumentación jurídica, así como en el conocimiento del derecho y el caso específico y concreto (praxis).

Desde la perspectiva de un modelo aceptado por el positivismo, existiría un profundo divorcio entre la racionalidad legislativa y la racionalidad judicial: en la primera triunfan los fines u objetivos, según un esquema teleológico y consecuencialista, de manera que una buena ley es aquella en que se proponen buenos fines y es capaz de obtenerlos; mientras que la sentencia ha respondido a una racionalización deductiva o sistemática, en el sentido de que una buena sentencia, o mejor aún, una sentencia correcta es aquélla cuya decisión se infiere de sus premisas y, en particular de una premisa normativa. De ahí que los considerandos o las fundamentación sean indispensables en la sentencia y no lo sea en la ley.

c) La ponderación en México.

En base a las consideraciones antes plasmadas, es oportuno traer a colación algunas reflexiones llevadas a cabo por los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a quienes la constitución les ha encomendado la aplicación de la justicia constitucional.

Al efecto, del análisis de algunas ejecutorias emitidas por los señores ministros de nuestro máximo órgano de justicia en el país, se puede constatar que retoman el concepto de la ponderación, a efecto de resolver los conflictos que se presentan en la interpretación del derecho; en el caso concreto, al resolver la contradicción de tesis número 67/96, sostuvieron que debe tenerse presente que la creación de toda norma comúnmente obedece a una realidad social producto de necesidades insatisfechas, cuya solución y encauzamiento se busca a través de la institución jurídica que se establece dentro de un régimen de derecho. El legislador, previamente a la creación de la norma, estudia, observa y analiza la realidad social y después la reglamenta (control abstracto). Por eso se afirma que toda ley tiene su *ratio legis*, o sea, el motivo y el porqué de su elaboración.

Como la función de la norma jurídica se valora en su adaptación, es importante que el juzgador, tanto al aplicarla como al interpretarla, conozca los motivos que inspiraron al legislador a crearla, a fin de que la impartición de la justicia sea más congruente con la realidad social reglamentada (control constitucional).

La tarea de la interpretación de una norma presenta variadas dificultades que surgen debido a lo multívoco del lenguaje y a la evolución de las necesidades de los gobernados que producen cambios sociales; de ahí que el intérprete tiene que recurrir a métodos interpretativos que en un momento dado pueden apartarlo de la connotación literal e, inclusive, de la concepción auténtica del legislador, para aplicar la norma de acuerdo con la realidad del momento que se vive, haciéndola funcional, ajustándola a los principios de equidad y justicia que se encuentran en las normas jurídicas. Así, el intérprete debe, por un lado, buscar la intención del legislador y, por el otro, dar al precepto legal una connotación acorde con el ideal de equidad y justicia como principio que se supone inspira, en todo caso, la actividad del juzgador, ello

dentro del contexto normativo relacionado con la institución jurídica a que se refiere la norma a interpretar.

De igual forma, la ponderación es aplicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde una connotación argumentativa y de interpretación de las normas; dicha técnica permite resolver los conflictos de aplicación del derecho, por lagunas u omisiones legislativas.

Lo anterior, se pone de manifiesto al resolver la contradicción de tesis 143/2004, en donde en esencia, se establece que ante la omisión del legislador para establecer en la exposición de motivos, el porqué no adecuaba el contenido de una hipótesis de restricción de garantías no prevista en una legislación secundaria, al texto constitucional, ello no era motivo para interpretar dicha omisión en el sentido de que se amplía dicha garantía, sino que simplemente se debía a que el legislador secundario fue omiso en adecuar dicha hipótesis al texto constitucional.

Conclusión que fue sustentada, siguiendo las reglas de la doctrina constitucional denominada *interpretación conforme*. Es decir, que de acuerdo a una interpretación sistemática, debía partirse de la base de que el legislador local expide leyes tendientes a observar ordenamientos de mayor jerarquía, como son la Constitución de la entidad federativa correspondiente y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, éstas tienen a su favor una presunción de constitucionalidad, por lo que se reputan constitucionales hasta en tanto no se demuestre lo contrario.

Esto es, en atención al sistema constitucional de nuestro país, debe presumirse que todos los actos de las autoridades son constitucionales y que esta presunción sólo puede ser destruida por una sentencia emanada del Poder Judicial de la Federación, en ejercicio de las facultades de control constitucional que le están encomendadas de manera exclusiva.

Siguiendo, entonces, esta presunción de constitucionalidad de la que gozan todos los actos de autoridades (legalidad), dentro de los cuales se encuentran los actos legislativos, los órganos jurisdiccionales deben siempre preferir la interpretación de un precepto que vaya conforme a la Constitución, y no aquella que la vulnere (control subsidiario), pues se parte de la premisa de que las

autoridades legislativas cumplen su función con estricto apego a sus facultades y obligaciones, dentro de las cuales se encuentran el emitir leyes acorde a la Ley Suprema.

Consideraciones, que nos llevan a establecer que la figura de la ponderación, es una parte importante en el desarrollo de los juzgadores mexicanos, la que consiste precisamente en interpretar los alcances de las normas constitucionales, tratando de establecer la intención del legislador, para enaltecer los principios aplicables del derecho, dentro de los cuales sobresalen la equidad y la justicia, como inspiradores de las actividades primordiales de tan loable labor.

V. Conclusiones

Existe una confrontación entre las diversas corrientes doctrinarias denominadas por los juristas iusnaturalismo, positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo, tendiente este último a la subordinación de la ley a los principios constitucionales, que hasta estos momentos conocemos como el principio de legalidad, el cual se encuentra apegado a las disposiciones otorgadas por el constituyente en la Carta Magna; sin embargo, la transformación se está dando, y los nuevos tiempos avanzan hacia la conformación de una nueva fusión del derecho con los principios y valores, que tanto se empeñó Kelsen en separar en su estudio de La Teoría del Derecho y del Estado.

La corriente del neoconstitucionalismo se encuentra en sus inicios, y es imposible encasillarla en una sola figura; sin embargo, de los estudios realizados por diversos juristas, -se ha hecho referencia a algunos a lo largo del presente trabajo-, se advierte que el estudio constitucional ha evolucionado, pues han cambiado las formas de percibir los modelos de Derecho y de Estado.

En la conformación de un Estado, el constituyente pretende interpretar según la cultura, raza, idiosincrasia, política, costumbre, etcétera, lo que el pueblo "soberano" requiere; por citar un ejemplo, en nuestro país se creó una constitución social, en base a la historia y a las revueltas, donde tuvieron que luchar diversos grupos sociales, que según Ferdinand Lasalle, en su obra *Qué es una Constitución*, denominó *factores reales de poder*; desde luego siguiendo la tendencia del positivismo jurídico; es decir, para que tenga validez la aplicación exacta de la norma, debe encontrarse prevista e inmersa en la propia legislación.

Es preciso señalar que el neoconstitucionalismo va más allá de la simple aplicación del derecho positivo, pues además introduce nuevos elementos técnicos como la argumentación y el manejo de la moral y los axiomas, en el análisis del derecho.

En esas condiciones, al llevar a cabo una comparativa en el sistema judicial mexicano, lo cierto es que los juzgadores ordinarios se han convertido en meros ejecutores del derecho, conforme a la tendencia positivista, donde no se permite interpretar las normas constitucionales para aplicarlas preferentemente sobre derecho ordinario, cuando pugna con el texto constitucional, pues esa facultad se encuentra reservada para los jueces constitucionales.

Nuestro sistema jurídico, basa la creación de leyes en la corriente del positivismo de Kelsen; siguiendo esa teoría, el constituyente consideró que la creación de normas (legislación abstracta), debe estar encomendada al Poder Legislativo, el que siguiendo los procedimientos formales y materiales, establece las hipótesis casuísticas de acontecimientos que al ser materializados, alcanzan el rango de ley. Existen juristas como Habermas, que en su obra *Facticidad y Validez*, defiende esa postura al referir desde una perspectiva Kelseniana, que el control abstracto de leyes supone una inaceptable colisión entre el tribunal y las prerrogativas del legislador, entre un cuerpo elitista y contramayoritario y la decisión legítima de la soberanía popular; lo que se llama control abstracto pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador. Actualmente la facultad de creación de normas es faculta omnímoda del Poder Legislativo, la cual es innegable que debe dejarse a los legisladores esa función.

No hay que perder de vista que no es fácil romper con los paradigmas que han venido a solucionar los problemas del control del poder en los Estados; sin embargo, creo que viene avanzando fuertemente una tendencia hacia un nuevo concepto de estudio del modelo constitucional, conocido como el *neoconstitucionalismo*, figura que trae avances técnicos en los estudios constitucionales, bastantes interesantes para plasmarlos en el Estado mexicano.

En base a las ideas desarrolladas a lo largo del presente trabajo, y tomando en consideración las corrientes del derecho a que se ha hecho referencia, podemos concluir que la facultad de creación de las normas, desde una perspectiva positivista, debe ser encomendada indudablemente a los legisladores; sin embargo, la nueva tendencia *neoconstitucionalista*, permite advertir nuevas posibilidad y proyecciones en la creación e interpretación del derecho.

Ahora bien, atendiendo a la teoría de la democracia constitucional, es evidente que la creación de las normas quedó delegada al Poder Legislativo, al considerarse que la soberanía que radica en el pueblo, designa a sus representantes, quienes se encargan de estudiar, observar y analizar la realidad social y después la reglamentan para ser aplicada en forma genérica (control abstracto).

Sin embargo, partiendo de la perspectiva del *neoconstitucionalismo*, la ponderación judicial, permite fijar una postura de interpretación y creación del derecho, más apegada a una realidad social, jurídica y práctica, además con un grado de aproximación a la justicia popular.

Se arriba a lo anterior, pues si se toma en consideración que los juzgadores constitucionales conocen el derecho, además atienden el caso práctico y el problema inmediato (concreto y específico), aunado a la profesionalización y preocupación por parte del Poder Judicial de la Federación, para establecer mecanismos de reclutamiento, selección, designación y crecimiento de los funcionarios con facultades muy claras, especializados, con perfiles idóneos, con un desarrollo cimentado en su formación en la vida en sí, como en la vida educativa formal, donde la tendencia es hacerlos más responsables y menos tentados a la sospecha indebida en sus actuaciones como titulares de un cargo público, incluso cuenta con un Código de Ética que fija los lineamientos de conducta de todo juzgador; aunado todo lo anterior, a una especial preparación académica donde la principal preocupación estriba en el dominio de una argumentación jurídica, se advierte la tendencia del Poder Judicial de la Federación a la formación de lo que Ronald Dworkin, en su tratado teórico sobre *El Imperio de la Justicia*, denominó jueces *Hércules*.

Circunstancias todas ellas, que permiten considerar que los juzgadores constitucionales en el derecho mexicano, perfectamente podrían fijar precedentes basados en el método de la ponderación judicial, los cuales podría elevarse a la categoría de norma general, la que sin duda, tendría un grado de aproximación mayor a la realidad social y aplicación de un derecho más justo, que la legislación abstracta, precisamente por la cercanía del juzgador al caso específico; lo anterior claro esta, previa una debida reglamentación y, aplicada por la cúpula judicial, para evitar los problemas que nos encontramos en la práctica con las contradicciones de tesis.

No pasa por alto que los criterios de interpretación emitidos por reiteración en nuestro derecho, conocidos como jurisprudencia, resultan de observancia obligatoria para los juzgadores en nuestro derecho mexicano; sin embargo, dicha facultad de interpretación, no alcanza el rango de norma general, sino sólo es auxiliar en la interpretación del derecho, para las lagunas o puntos oscuros de la ley; además de que dentro de los avances a las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, actualmente se encuentra pendiente una reforma constitucional que otorga la potestad de presentar iniciativas de ley, lo que desde luego no discrepa, con la propuesta efectuada en este trabajo.

De ahí entonces que el derecho positivo, resulta -como se definió en la parte introductoria del presente ensayo-, insuficiente y caduco, para las necesidades en la interpretación y aplicación del derecho constitucional posmoderno, pues independientemente de entrar al estudio de las corrientes a favor o en contra de la ponderación judicial, en la aplicación del derecho constitucional, lo cierto es que la tendencia *neoconstitucionalista*, viene a fijar una nueva opción de interpretar y crear el derecho, que insisto, no debe ser de una exclusividad del Poder Legislativo.

Referencias

Bibliografías

Alexy, Robert,

Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Garzón Valdéz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.161

Aragón, Manuel,

Constitución y democracia. Madrid, Tecnos, 1989, p. 67.

Ballbé, Manuel,

Soberanía dual y constitución integradora. Ariel. 1ª. Edición. España. 2003. p. 23

Burgoa, Ignacio.

Derecho Constitucional Mexicano. 5ª. Edición. Porrúa. 1984.

p.584, p. 579

Carbonell, Miguel.

Neoconstitucionalismo. Madrid, Trotta, 2003, p.9

Carré de Malberg, R.

Teoría General del Estado. México. Fondo de Cultura Económica. 2001. 2001, p. 742, p.743, p.747, p.750

- Comanducci, Paolo,
Interpretazione Della Costituzione, Assaggi di metaética due, Turín, Giappichelli, 1998.
- De la Vega, Pedro.
Ensayos escogidos. 3ª edición, Miguel Carbonell compilador, México, Porrúa, 2005.
p. 9 p. 12, p.14
- Ferrajoli, Luigi.
Neoconstitucionalismo. Edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2003. pp. 13-29
- Ferreres, Víctor.
Teoría de la Constitución. Miguel Carbonell compilador, 3ª. edición, México, Porrúa, 2005., pp. 247-303
- Fioravanti, M.,
Constitución. De la Antigüedad a nuestros días. Trotta, Madrid, 2001. p. 123
- Heller, Herman,
La Soberanía, Traducción de Mario de la Cueva. México, UNAM, 1965.
- Jellinek, George,
Teoría General del Estado, Grandes Clásicos del Derecho.
- Lassalle, Ferdinand.
Qué es una Constitución, 5ª edición, Coyoacán, México, 1999.
- Prieto Sanchís, Luis.
Teoría de la Constitución, ensayos escogidos por Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2005. pp. 305-342
- Pozzolo, Susana.
Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional. Universidad de Génova, Italia. pp. 339-353
- Rojas Rivera, Victoriano.
La Supremacía Constitucional Generadora del Control Constitucional Subsidiario por los jueces de los Estados. México, ABZ editores, Anuario 1995. pp. 499-523
- Rousseau, Juan Jacobo,
El Contrato Social. Traducción Consuelo Bergés, 7ª Ed. Buenos Aires, Aguilar, 1965.
- Sastré Ariza, Santiago.
Neoconstitucionalismo. Edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2003. p.240
- Tena Ramírez, Felipe.
Derecho constitucional mexicano. México. Porrúa. 1988 p.212

Normativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 39, Art.40, Art. 94

Semanario Judicial de la Federación

Tomo VI, Noviembre de 1997, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Pags. 212-227

Tomo XXI, Mayo de 2005, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. P. 274

Electrónicas

Rosas Martínez, Marcelino y Contreras Acevedo Ramiro. *El derecho más allá del derecho. Comentarios a los capítulos 7 y 11 de la obra El Imperio de la Justicia de Ronald Dworkin*, www.derecho.maestría.cucsh.udg.mx/revistaelectronica

EL ARTÍCULO 105 COMO ESTABILIZADOR DEL PODER PÚBLICO

Cuauhtémoc Manuel De DienheimBarrigueté*.

Hablar del papel del artículo 105 Constitucional como estabilizador del Poder Público, sin duda alguna nos lleva a hablar de los medios de control de la constitucionalidad, de sus finalidades, de sus procedimientos y consecuentemente también de los órganos que se encargan de ellos.

Nada más difícil que simplificar lo complejo y unificar y generalizar lo que no es uniforme y que es diferenciado. Tarea de sabios dicen algunos, afán de necios dicen otros. Por esta razón en esta ocasión se hará una exposición muy general de los medios de control constitucional que consagra nuestra Constitución tratando solamente de dar una idea general de cada uno de ellos y así tratar de descubrir sus semejanzas y marcar de igual modo sus diferencias. A continuación se analizará con un poco de mayor profundidad el papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como órgano estabilizador del Poder Público, a través de su intervención en la resolución de las controversias constitucionales cuya competencia le atribuye de manera exclusiva el artículo 105 Constitucional. De igual forma, es importante hacer notar que el presente trabajo no pretende analizar en su totalidad al artículo 105 ni agotar todos los aspectos y particularidades de las controversias constitucionales y menos aún de todos los otros medios de control constitucional; sino que sólo pretende presentar una noción genérica de lo que estos medios representan y esbozar unas cuantas ideas en torno al papel que la Suprema Corte cumple como órgano estabilizador del Poder Público en nuestro país.

En un sistema de Derecho Constitucional como el nuestro en donde la Constitución que es expresión de la soberanía y ésta es escrita y rígida (es decir que no puede ser cambiada o modificada por los poderes constituidos encargados normalmente de

gobernar y en especial por el poder legislativo ordinario), y en donde ésta asigna como parte de su contenido fundamental la forma de Estado, la forma de gobierno, así como la creación de los poderes públicos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial (principales órganos encargados de gobernar) y la competencia de los mismos (facultades que en concreto se les han asignado),¹ se hace necesaria la existencia de medios tendientes a garantizar que sea respetada la voluntad expresada a través de la propia Constitución. Es decir, es imperativa la existencia de medios de control de la constitucionalidad que garanticen que los mandatos constitucionales sean obedecidos por las autoridades a ella sometidas al realizar sus tareas cotidianas en el ejercicio de sus funciones.

Así pues, en todo sistema jurídico es necesario que se garantice la vigencia real de su Constitución (normas jurídicas supremas) y que existan sistemas en virtud de los cuales los particulares y las autoridades, en forma voluntaria o forzosa, adecuen sus actos a lo mandado por ella. Dichos medios o sistemas constituyen propiamente lo que algunos han llamado el control o defensa de la Constitución. En este orden de ideas y siguiendo a Elisur Arteaga Nava, el control constitucional sería todo el complejo y variado sistema de principios e instituciones previstos en la propia Constitución, encaminados a imponer en lo interior, el principio de supremacía constitucional.²

Es obvio pues, que también dichos procedimientos de control de la constitucionalidad requerirán reglas propias para su substanciación y se llevarán a cabo ante ciertos órganos previamente determinados, como veremos a continuación.

En los distintos países del mundo, múltiples han sido los sistemas de defensa de la Constitución que se han establecido, los cuales podemos clasificarlos atendiendo al órgano que realiza dichas defensas en dos grandes categorías:

- A. Por un lado, las realizadas por un órgano político que puede ser el Poder Ejecutivo, el Legislativo u otro órgano especial. Ejemplo de éste último lo tuvimos en el Supremo Poder Conservador que estableció la Constitución de las 7 Leyes.
- B. Por el otro, aquellas defensas realizadas por un órgano judicial en donde el control de la constitucionalidad se lleva a cabo por medio de la actividad jurisdiccional.

Es precisamente a esta última categoría a la que corresponden nuestros principales medios de control constitucional, como son el juicio de amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y los medios de impugnación ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial, procedimientos todos, de carácter jurisdiccional que como sabemos se llevan a cabo ante órganos del Poder Judicial Federal, a quienes en principio corresponde de manera general la atribución del control de la constitucionalidad.

En lo esencial, el confiar el control de la constitucionalidad de las leyes a un juez profesional, racionalmente satisface más que la solución de confiarlo a un órgano político. Aunque cabe mencionar que este procedimiento tampoco está exento de peligros. Por otro lado, desde el punto de vista técnico se puede confiar el control al cuidado tanto de una jurisdicción especial (control por vía de acción) como de la jurisdicción ordinaria o de derecho común (control difuso por vía de excepción).³

Es importante señalar que todos los medios de control que hemos mencionado son medios que se ejercitan por vía de acción, es decir, a pedimento expreso de una parte interesada y ante órganos del Poder Judicial Federal. Sin embargo, en nuestra Constitución también existe un medio de control difuso de la constitucionalidad

establecido en la segunda parte del artículo 133 constitucional, que establece la posibilidad de que los jueces comunes de los estados decidan, en atención al principio de supremacía constitucional, aplicar un dispositivo constitucional en lugar de una ley ordinaria; es decir, otorga la posibilidad a los jueces estatales de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes. Cabe señalar que este medio de control no ha sido usado y el propio Poder Judicial Federal lo ha rechazado diciendo que sólo a él compete resolver cuestiones constitucionales en funciones de control de la constitucionalidad, por tener asignadas expresamente dichas funciones por nuestra Carta Magna.⁴ Resulta muy debatible dicho criterio, sin embargo en este momento dicha temática no será el objeto del estudio que nos ocupa.

Otro aspecto importante a considerar es el relativo al órgano u órganos encargados del control de la constitucionalidad y al procedimiento para su substanciación, al cual nos referiremos a continuación brevemente.

En este caso nos ocuparemos únicamente de los medios de control directos de la constitucionalidad, entendiendo por control o defensa directa de la constitucionalidad el resultado de la utilización de los distintos instrumentos jurídico-procesales, encaminados a salvaguardar la Constitución, es decir, es el efecto producido por la acciones de naturaleza meramente constitucional (la naturaleza del juicio es propiamente constitucional a través del proceso jurisdiccional).⁵

Los medios de control directo que existen en nuestro país (juicio de amparo, controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y medios de impugnación electoral), todos ellos son procedimientos de carácter jurisdiccional en los cuales, órganos jurisdiccionales tanto material como formalmente hablando se encargan de substanciarlos y resolverlos y como es bien sabido corresponde conocer de ellos al Poder Judicial Federal; tratándose del amparo, por conducto principalmente de los Juzgados de Distrito, Tribunales Colegiados de Circuito y también de la Suprema Corte; en el caso de los medios de impugnación electorales por medio del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y respecto de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad de manera exclusiva, por conducto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁶

Resulta interesante mencionar aquí, el hecho de que en nuestro país el Poder Judicial Federal realiza la función de control constitucional a la vez que realiza una función jurisdiccional ordinaria. Existen otros países como España, que tienen órganos diversos para cada función en especial: Tribunales para la función jurisdiccional ordinaria y un Tribunal Constitucional para el control constitucional.⁷

Vale la pena mencionar que la creación de tribunales constitucionales que se dio en Europa a partir de la segunda década del siglo pasado se ha ido extendiendo a múltiples países en la actualidad. Estos tribunales, en su modelo original diseñado por Hans Kelsen y adoptado por la Constitución de Austria de 1920, no están encuadrados dentro del Poder Judicial ordinario, sino que forman lo que podría llamarse un cuarto poder, o un poder "vigilante" de la constitucionalidad de los actos de los demás poderes.⁸

Nuestro país como ya mencionamos, no ha seguido ese modelo kelseniano de jurisdicción constitucional, sino más bien el modelo americano al incluir el control de la constitucionalidad dentro de las competencias del Poder Judicial Federal ordinario.

Desde mi particular punto de vista estimo que sería benéfico que nuestro país considerara la existencia de un verdadero Tribunal Constitucional como en el modelo de Kelsen, no sólo distinguiendo la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, sino estableciendo un órgano controlador de la legalidad y otro distinto dedicado única y exclusivamente a los asuntos de constitucionalidad.

Para poder entender un poco mejor la intervención de la Suprema Corte en la resolución de las controversias constitucionales conviene mencionar a grandes rasgos en qué consisten los medios de defensa de la Constitución antes mencionados⁹:

1. **EL JUICIO DE AMPARO:** Es un procedimiento que se ejerce por vía jurisdiccional a instancia de parte agraviada y por parte del gobernado en contra de leyes o actos de autoridades del Estado, que al violar garantías individuales o invadir esferas de competencia puedan causar una afectación actual o inminente al gobernado y que tiene como fin proteger al gobernado en contra de abusos de autoridad por violación a garantías individuales o invasión a esferas competenciales entre órganos estatales. Se tramita habitualmente ante Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados (artículos 103 y 107 Constitucionales).
2. **LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN ANTE EL TRIBUNAL ELECTORAL:** Son como su nombre lo dice, medios de impugnación de actos electorales que vulneran los derechos políticos constitucionales y en materia electoral de los gobernados, sean estos ciudadanos o partidos políticos. Corresponde su ejercicio a los propios ciudadanos y a dichos partidos políticos. Se ejercitan ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal (art. 99 Constitucional).
3. **ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD:** Son procedimientos jurisdiccionales de competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y representan una vía de impugnación directa de normas jurídicas generales, abstractas, impersonales (Leyes Federales, Tratados Internacionales y Leyes Estatales) que contravengan a la Constitución Federal. Es decir, tienen por objeto dejar sin efecto (abrogar) una Ley o un Tratado por ser inconstitucionales. Estas acciones pueden ser ejercitadas por el 33% de los miembros de alguna de las cámaras del Congreso de la Unión, de las legislaturas locales o de los asambleístas del D.F., las diligencias de los partidos políticos o el Procurador General de la República, según el caso. Como se puede apreciar es un procedimiento, a diferencia del amparo, contra leyes cuyo derecho de acción no corresponde a los particulares (art. 105 Constitucional fracción II).
4. **CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES:** Este medio de control constitucional es un juicio que permite resolver un conflicto sobre invasión de competencias entre los diversos ámbitos de gobierno que conforman nuestra forma de Estado Federal (Federación, Estados y Municipios) o entre los distintos poderes de cada uno de estos niveles. Estos procedimientos de defensa de la Constitución son, según lo dispone el artículo 105 constitucional, competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y se inician por vía de acción, correspondiendo el derecho de ejercitarla a los poderes u órganos de gobierno cuya competencia haya sido invadida por otro órgano o poder. Como podemos ver, en este medio de defensa constitucional también se excluye a los particulares y sólo corresponde actuar a las autoridades. Su finalidad es hacer que los órganos del Estado se ciñan a su competencia y no usurpen funciones y facultades de otro órgano (artículo 105, fracción I de la Constitución).

Una vez hechas las precisiones anteriores, nos centraremos en comentar la actuación de la Suprema Corte como órgano encargado del control constitucional al resolver las llamadas controversias constitucionales.

Al respecto, el artículo 105 Constitucional en su fracción I establece que: "La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las Controversias Constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

- a. La Federación y un estado o el Distrito Federal;
- b. La Federación y un municipio;
- c. El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d. Un estado y otro;
- e. Un estado y el Distrito Federal;
- f. El Distrito Federal y un municipio;
- g. Dos municipios de diversos estados
- h. Dos Poderes de un mismo estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i. Un estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j. Un estado y un municipio de otro estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k. Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.....".

Al hablar de las controversias constitucionales debemos recordar que se trata de un procedimiento jurisdiccional realizado también por un órgano jurisdiccional (SCJN), pero cuya naturaleza es eminentemente política; entendiendo aquí por política en un sentido amplio, todo lo relativo al poder del Estado.

Muy a menudo habíamos oído decir que el Poder Judicial no tenía y no debía tener funciones políticas y que por lo tanto para garantizar su carácter de órgano técnico, así debía prevalecer. Quizá por el error de considerar lo "político" únicamente como lo "electoral" es que semejantes afirmaciones se habían hecho; sin embargo esto ha sido bastante alejado de la realidad, no sólo práctica sino jurídica de nuestro país, pues como sabemos desde el momento en que el Poder Judicial tiene a su cargo el control de la constitucionalidad, además de su competencia jurisdiccional ordinaria; su función (la de defensa de la Constitución) se vuelve de índole política, puesto que tiene que ver

directamente con el Poder del Estado y las reglas de su estructura y organización que conforman precisamente a nuestra Constitución. No debemos olvidar que incluso el nombre de nuestra constitución es "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", justamente por ser el documento que establece las bases políticas (de organización y funcionamiento de los poderes públicos) conforme a los cuales se constituye el Estado Mexicano.

Como puede apreciarse nos encontramos ante una auténtica "judicialización de la política", volviendo a los jueces "árbitros definitivos de los procesos políticos y guardianes de los postulados valorativos consagrados por la Constitución" trasladándose así al campo de la justicia temas que antaño se debatían y solucionaban únicamente en el terreno estrictamente político. La confianza mostrada en los siglos XVIII y XIX hacia el legislador se ha cambiado en el siglo XX para ser depositada en los jueces y especialmente en los jueces constitucionales.¹⁰

Así pues, en este orden de ideas, los procedimientos de control constitucional tienen como finalidad preservar el orden jurídico-político constitucional y hacer que los órganos de poder cumplan y se ajusten a las disposiciones que la propia Constitución establece (sean éstas garantías individuales, esferas competenciales o cualquiera otra disposición constitucional). Más aun cuando hablamos de las controversias constitucionales nos encontramos ante una verdadera función política de un órgano jurisdiccional, como es la Suprema Corte quien resolverá controversias entre órganos o entidades políticas sobre la constitucionalidad de sus actos, eso sí, no políticamente (es decir no con criterio político), sino legalmente, jurídicamente y a través de un procedimiento jurisdiccional (juicio) debidamente establecido en el que se determinará acerca de la actuación de poderes del Estado y su apego o no a las atribuciones y competencias que la Constitución Federal establece (es necesario recalcar aquí que su resolución es conforme a Derecho y no en base a criterios e intereses políticos).

Es importante hacer notar que este tipo de controversias se establecen entre poderes u órganos del Estado entre sí y en ellas no intervienen particulares, correspondiendo por ello el derecho de ejercitarlas sólo a las autoridades. Así, la controversia constitucional viene a ser un medio para controlar la actividad estatal y que se ejercita en la vía jurisdiccional de manera exclusiva ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para resolver conflictos de competencia entre los tres ámbitos federales (Federal, Estatal y Municipal) como entre los distintos poderes de cada ámbito.

La controversia constitucional es por tanto un verdadero juicio entre poderes u órganos que gozan de autoridad y que cuando hacen uso de su autonomía, ejercen las facultades o atribuciones que les han sido confiadas u otorgadas por la Constitución General, por esta razón la controversia persigue constreñir la actuación de los poderes y órganos establecidos por la propia Constitución Política del país, a lo que ella dispone; pues cuando las partes plantean la controversia, buscan cesar una invasión al campo de acción que como autonomía, facultades o atribuciones tienen concedida, y anular el acto de autoridad contrario a la Constitución que las agravia. Es importante precisar que la controversia solamente deberá plantearse cuando se traten problemas de constitucionalidad y no en asuntos de mera legalidad.¹¹

Como podemos apreciar, las controversias constitucionales son procesos jurisdiccionales que van a preservar nuestro régimen federal y el sistema de división de poderes y funciones que establece nuestra constitución. De esta manera la función que cumple la Suprema Corte como órgano encargado de resolver estas cuestiones es una función que

tiene que ver de manera directa con el poder del Estado, los ámbitos que lo conforman, los órganos encargados de su ejercicio y la competencia concreta de estos últimos, función que como ya se mencionó, es eminentemente política no sólo por la naturaleza de los involucrados en la controversia sino por la finalidad misma del procedimiento, que es la de preservar el Orden Político Constitucional.

Por ello resulta lógico que si la Constitución como orden jurídico supremo marca a cada órgano del Estado su competencia, deberá existir algún mecanismo y algún órgano encargado de hacer que los órganos renuentes que violen la esfera de competencia que se les asignó por la Constitución, saliéndose de ésta y transgrediendo otra, vuelvan a la normatividad Constitucional establecida, ajustándose a ésta e impidiendo así el rompimiento del orden jurídico que establece nuestra Carta Magna para lograr un equilibrio en el poder público estatal. Y es así que en México, dicho mecanismo lo constituye la propia controversia constitucional y el órgano encargado de conocer de ella lo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Es preciso volver a hacer notar que la actuación de la Suprema Corte en estos asuntos no es en su carácter de órgano jurisdiccional ordinario de la Federación, sino en su carácter de Tribunal Constitucional por encima del propio orden federal, estatal o municipal, y por tanto, su actuación se eleva por encima de estos tres niveles para constituirse y funcionar como órgano supremo (es decir como órgano del "Estado global") encargado de determinar la competencia de las partes que acuden ante ella para solucionar sus diferencias. La Corte se constituye aquí, no en un simple órgano jurisdiccional encargado de velar por la legalidad y la justicia, sino en un auténtico órgano guardián de la superlegalidad de la Constitución, es decir, en un órgano encargado de preservar y dar validez a las decisiones fundamentales que constituyen al Estado Mexicano.

En el México de hoy en donde se vive un pluripartidismo activo y en donde los órganos de gobierno de los diferentes niveles (federal, estatal y municipal) se encuentran integrados por miembros de diferentes partidos o incluso del mismo partido pero con posturas discrepantes, podemos darnos cuenta de que la controversia constitucional juega un papel muy importante para alcanzar un sano equilibrio de poderes y una relación armónica entre ellos; evitando largas confrontaciones estériles, toda vez que permite solucionar sus diferencias conforme a estricto derecho y a través de un juicio perfectamente regulado que determinará de manera clara y precisa el ámbito competencial de dichos poderes públicos, permitiendo por tanto, así, el correcto y normal desarrollo de sus funciones y facultades constitucionales; contribuyendo de esta manera al adecuado funcionamiento político del Estado Mexicano, garantizando y preservando el respeto a nuestra Constitución y a dos de sus principios básicos y fundamentales de nuestra estructura jurídico-política como son: la división de poderes y el federalismo.

No obstante lo anterior, es innegable que en México ha existido un pobre respeto por la normatividad constitucional, y la jurisdicción constitucional no ha sido capaz de someter cabalmente a un control efectivo a los poderes constituidos ni de vigilar minuciosamente la aplicación correcta de las normas constitucionales.

Como ya se apuntó, la jurisdicción constitucional en Europa surgió a principios del siglo pasado en medio de una crisis generalizada de la Constitución, con el deseo de fortalecerla y lograr su plena aplicación. En México, setenta años después y en una crisis semejante, se ha tratado de encontrar el camino que Kelsen ya había trazado en 1928¹².

Por ello consideramos importante el fortalecimiento de las funciones de control constitucional y de los órganos encargados de ejercerlas, buscando establecer en lo posible un auténtico Tribunal Constitucional encargado única y exclusivamente de asuntos de constitucionalidad.

Conviene aquí mencionar la expresión de Lord Bryce al referirse a la Suprema Corte de los E.E.U.U. diciendo que es "la voz viva de la Constitución", cuando interpretando la ley máxima declara si un acto de autoridad está o no de acuerdo con la misma.¹³ Indudablemente creo que podemos decir lo mismo de nuestra propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que hace a sus funciones de control constitucional, en el tema que nos ocupa.

Por otra parte, el mismo Bryce señala "La Suprema Corte es la voz de la Constitución, esto es, de la voluntad del pueblo, de quien es expresión a su vez la ley fundamental que él ha votado. Es por ello la Corte, la conciencia del pueblo. Resuelto a preservarse a sí mismo de todo acto injusto e irreflexivo, el pueblo ha colocado por encima de sus mandatarios una ley permanente, que es el seguro de la minoría. Es esa ley la que la minoría puede invocar cuando está amenazada por la mayoría y es en la Corte colocada más allá de los asaltos de las facciones, donde encuentra su intérprete y su defensor. Para estar a la altura de tan importantes funciones, la Corte debe ser tan firme como la Constitución. Su espíritu y su tono deben ser los del pueblo en sus momentos más felices. Es preciso que resista a los impulsos transitorios y con mayor firmeza si aumentan en vigor. Amurallada detrás de defensas inexpugnables, debe al mismo tiempo desafiar los ataques abiertos de los otros órganos del gobierno y las seducciones más peligrosas por impalpables, del sentimiento popular"¹⁴.

Sin lugar a dudas estas bellas palabras llenas de profundidad y con un gran contenido a pesar de haber sido dichas mucho tiempo atrás, constituyen el espíritu y el motor que debe mantener y hacer funcionar a nuestra Suprema Corte como máximo órgano encargado de preservar la superlegalidad constitucional, a fin de que todos: gobernados y gobernantes (autoridades) podamos vivir y convivir no sólo conforme al Derecho del Estado sino conforme a un auténtico Estado de Derecho.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Arteaga Nava, Elisur, *La Controversia Constitucional, la Acción de Inconstitucionalidad y la Facultad Investigadora de la Corte*, 3ª ed., Edit.. Monte Alto, México, 1997.

_____. *Tratado de Derecho Constitucional*, Edit. Oxford UniversityPress, México, 1999.

Bryce, James, *La République Américaine*, París, 1900.

Carbonell, Miguel, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, 2ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999.

Cossio, José Ramón y Luis M. Pérez de Acha (Compiladores), *La defensa de la Constitución*, Edit. Fontamara, México, 1997.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 128ª ed., Edit. Porrúa, México, 1999.

Garza García, César Carlos, *Derecho Constitucional Mexicano*, Edit. Mc Graw Hill, México D.F., 1997.

Hauriou, André et. al., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 2ª ed., Edit. Ariel, Barcelona España, 1980.

Jellinek, George, *Teoría General del Estado*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1943.

Reyes Tayabas, Jorge, *Derecho Constitucional aplicado a la especialización en amparo*, 4ª ed., Edit. Themis, México, 1997.

Rubio Llorente, Francisco y Mariana Daranas Peláez, *Constituciones de los estados de la Unión Europea*, Edit. Ariel, España, 1997.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 31ª ed., Edit. Porrúa, México D.F., 1997.