

# ILEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL CONTROL DIFUSO Y PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Democratic illegitimacy of the diffuse constitutional review and presumption of constitutionality of statute law

Recepción: Enero 20 de 2012  
Aceptación: Febrero 21 de 2012

Leopoldo Gama Leyva

---

*Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Secretario Particular, Presidencia Sala Regional Monterrey, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. leopoldo.gama@te.gob.mx*

## Palabras clave

Control difuso, control de convencionalidad, objeción contramayoritaria, presunción de constitucionalidad de las leyes.

## Keywords

*Diffuse constitutional review, conventionality control, counter-majoritarian difficulty, presumption of constitutionality of statute law.*

**Pp. 34-40**

## Resumen

El presente trabajo presenta algunas preocupaciones surgidas con motivo de la implementación en México del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Dichas inquietudes nacen a partir de la inevitable falta de legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad, así como también con motivo de algunas particularidades que cabe observar en el mo-

delo de control difuso. Esas perplejidades tienen un reflejo claro en la práctica jurídica respecto a la actitud interpretativa que deberían asumir los jueces mexicanos al momento de ejercer el control difuso y llevan, al final, a tomarse con mucha seriedad la presunción de constitucionalidad de las leyes.

### **Abstract**

*This essay introduces several concerns which arise as a result of the implementation of the diffuse constitutional review and the conventionality control in Mexico. The aforementioned worries sprang as a result of the inevitable lack of democratic legitimacy of judicial review, as well as a product of some characteristics that must be observed about the model of diffuse constitutional review. The before perplexities have a clear reflect in the judicial practice relative to the interpretative attitude that the Mexican judges should assume while exercising the diffuse constitutional review, which leads, in the end, to take the presumption of constitutionality of statute law with extreme seriousness.*

### **INTRODUCCIÓN**

**E**l día 10 de junio del 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación diversas reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos. Es en virtud de ellas, de los criterios pronunciados por la Suprema Corte en relación al expediente “Varios” 489/2010, y de una serie de Tesis Aisladas publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta del mes de diciembre de 2011, como se instituye formalmente en México el control difuso tanto de constitucionalidad como de convencionalidad; y que se suma al control concentrado de constitucionalidad previamente existente.

Debe recordarse, que el control judicial de constitucionalidad de las leyes encuentra sus antecedentes históricos en dos modelos de justicia constitucional: el norteamericano defendido por el juez *John Marshall* en el famoso fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos al caso *Marbury vs. Madison* (1801); y el continental-europeo, institucionalizado a partir de la Primera Guerra Mundial en las cortes constitucionales, las cuales cobrarían forma decisiva gracias a la instauración de un Tribunal Constitucional ideado por *Hans Kelsen*, con el objetivo de establecer un control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, adoptado así por Checoslovaquia (1920), Austria (1920), Italia (1947), y Alemania (1947).

Ambos modelos parten de la idea de supremacía constitucional según la cual, por encima de las leyes ordinarias se encuentra un conjunto de normas fundamentales que condicionan su validez. Desde este punto de vista, toda norma sancionada por el legislador ordinario, considerada contraria a la Constitución, debe ser declarada inconstitucional por los jueces constitucionales, lo cual significa que el poder parlamentario está limitado por la Constitución. Paulatinamente, este modelo ha sido recogido –aunque con algunas

diferencias notables en cada caso—, por la mayoría de las Constituciones modernas: Grecia (1975), Portugal (1976), España (1978), Perú (1979), Chile (1980), Polonia (1982), Hungría (1984), Guatemala (1985), Brasil (1988), Costa Rica (1989), Colombia (1991), El Salvador (1991), Paraguay (1992), Bolivia (1994), México (1994), Nicaragua (1995), Ecuador (1996), Venezuela (1999), etc.

Pues bien, a través del control difuso, *todos* los jueces del país tienen la obligación de ejercer un examen oficioso entre las normas internas, la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Además, este tipo de ejercicio jurisdiccional supone únicamente (y a diferencia del control concentrado), la inaplicación de la norma general estimada irregular, sin hacer un pronunciamiento general de inconstitucionalidad, sino únicamente para efectos del caso concreto.

Por otro lado, debe observarse que es usual definir el control concentrado, como aquel que posee *necesariamente* dos rasgos esenciales: se atribuye a un órgano colegiado y sus efectos son *erga omnes*. Por el contrario, se entiende como control difuso, aquel ejercido por *todos* los jueces y cuyos efectos son *inter partes*. Nuestra Suprema Corte de Justicia no lo concibe de esa forma, lo cual le ha llevado a afirmar que los jueces de amparo directo, por ejemplo, ejercen un control concentrado pero “incidental” (en el fondo ello equivaldría a afirmar algo así como que “es concentrado porque lo *concentra* el Poder Judicial de la Federación”).

La implementación en nuestro país del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad plantea algunas dudas y preocupaciones sobre las cuales vale la pena reflexionar. Dichas inquietudes nacen a partir del problema —ineludible, desde mi punto de vista—, de la falta de legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad, así como también con motivo de algunas particularidades que cabe observar en el modelo de control difuso instituido en nuestro país, y que lo hacen más susceptible a la crítica u objeción contramayoritaria. Las anteriores perplejidades tienen, en mi opinión, implicaciones claras para la práctica judicial respecto a la actitud interpretativa que deberían asumir nuestros jueces al momento de ejercer el control difuso, y llevan a tomarse con mucha seriedad la presunción de constitucionalidad de las leyes.

### LA OBJECIÓN CONTRAMAYORITARIA

La discusión sobre la legitimidad de la justicia constitucional se inserta en una controversia más amplia cuyas raíces se hallan en el conflicto surgido entre dos tradiciones o ideales políticos de la modernidad: se trata de la tensión entre el constitucionalismo y la democracia; los dos ingredientes han sido recogidos por un sistema de gobierno conocido como *democracia constitucional*. En efecto, la democracia constitucional está comprometida, por un lado, con los valores democráticos —entre los cuales destaca el ideal de la soberanía popular—, y con los valores del liberalismo moderno o constitucionalismo —que prescriben

la limitación del poder político, incluso el de la mayoría democrática–, por el otro. Esta unión entre la democracia y el constitucionalismo no es del todo pacífica: cada vez que reforzamos el ideal democrático se debilita el valor liberal; y viceversa, la expansión del ideal limitativo del poder termina por menoscabar el ideal del autogobierno.

En ese orden de ideas, se ha argumentado que la revisión judicial de las leyes presenta graves problemas de justificación debido a su alto déficit democrático. Alexander Bickel apuntó, por ejemplo, que la justicia constitucional posee un “carácter contramayoritario” ya que al declarar la inconstitucionalidad de una ley surgida de un procedimiento democrático, los jueces constitucionales interfieren con la voluntad mayoritaria, tal y como ha sido expresada a través de las instituciones representativas. La llamada objeción o dificultad contramayoritaria de la *judicial review* descansa entonces en el principio según el cual la legitimidad del estado, y de los actos de autoridad en general, proviene del respeto a la voluntad mayoritaria. Si aceptamos un compromiso con el valor de la democracia y admitimos además, que la toma de decisiones a través de la regla de la mayoría constituye un criterio fundamental para la acción, entonces el control judicial de constitucionalidad posee un problema grave de justificación ya que termina frustrando la voluntad popular expresada en las leyes.

## PARTICULARIDADES DEL CONTROL DIFUSO

El carácter contramayoritario de la justicia constitucional se vuelve patente si tenemos en cuenta una serie de factores clave:

- (a) Que los jueces en general y miembros de los tribunales constitucionales poseen menor legitimidad democrática de origen que los legisladores al ser elegidos mediante el voto de los ciudadanos;
- (b) El carácter altamente controvertible de la interpretación de las cláusulas constitucionales que consagran derechos fundamentales ya que, en la medida en que la vaguedad y la abstracción esté presente en las cláusulas constitucionales que consagran derechos fundamentales –sobre cuyo contenido pueden ofrecerse diversas interpretaciones–, mayor será el poder que posea el órgano de control constitucional; y
- (c) El grado de rigidez de una Constitución que hace difícil al Congreso contrarrestar, mediante el mecanismo de reforma constitucional, una eventual decisión por parte del tribunal constitucional<sup>1</sup>.

1. Sobre los factores que contribuyen a afianzar la ilegitimidad democrática del control judicial véase BAYÓN, J. C. (2004), “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en *Constitución y derechos fundamentales*, Jerónimo Betegón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 69-73; FERRERES, *Justicia constitucional y democracia*, pp. 42-6; GARGARELLA, R. (1996), *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, pp. 55-7; MARMOR, A. (2006), “Are Constitutions Legitimate?” University of Southern California Law School. Reaserch Paper, 06:9, pp. 2-4.

Ahora bien, debe observarse que la intensidad de la dificultad contramayoritaria de la justicia constitucional puede variar; *i.e.*, puede ser más grave en algunos arreglos institucionales que en otros<sup>2</sup>.

Respecto a nuestro control difuso, puede decirse por principio de cuentas que, dados sus efectos *inter partes*, dicha modalidad de justicia constitucional posee menor grado de ilegitimidad respecto de las sentencias con efectos *erga omnes*, como las pronunciadas en acciones de inconstitucionalidad en modalidad de control concentrado. Dicho en otras palabras, la intensidad de la dificultad contramayoritaria del control concentrado, cuyos efectos son generales y abstractos, es más grave que la presentada por el control difuso por sus efectos sólo entre las partes. No obstante lo anterior, deben observarse algunas particularidades de nuestro control difuso que impiden eludir fácilmente su carácter contramayoritario.

Puede parecer una obviedad, pero una característica a tomar en cuenta es que, a diferencia de lo que sucede en nuestra Suprema Corte de Justicia, la decisión a la que arriba un juez del fuero común de inaplicar una ley por considerarla inconstitucional o inconveniente, es que es tomada monológicamente. En otras palabras, no existe un diálogo interjudicial con sus pares en donde, tras una deliberación entre unos y otros se toma la decisión por mayoría de votos; más bien, la decisión en el control difuso es efectuada por el juez aisladamente. No hay confrontación de posturas; está ausente la posibilidad institucional de argumentar en *pro* de la constitucionalidad de una disposición concreta (a menos, claro, que lo haga la parte a la que perjudica la decisión y no necesariamente por su inconstitucionalidad). Por el contrario, en la discusión en sede de un tribunal constitucional, es posible y *necesaria* la confrontación de posturas antagónicas con la consecuencia de que aquella posición con mayor respaldo se convertirá en la decisión final.

Otra particularidad de nuestro sistema que podría resultar preocupante a la luz de la dificultad mayoritaria, es la posible declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales que puede sufrir toda ley por reiteración de criterios, tal y como lo prevé el artículo 107 de la Constitución Federal. Es cierto, la reiteración de criterios puede ser un indicio para dudar de la constitucionalidad de una ley. Sin embargo, debe observarse, no se contempla a nivel constitucional la participación del legislador que dictó la ley en cuestión para ofrecer razones a favor de su regularidad; y vale apuntar que ciertamente ordenarle “supere el problema de inconstitucionalidad” ya que pasados noventa días se determinará por mayoría de votos la declaratoria, no es lo mismo que permitirle argumentar. Es decir, la declaratoria general, de acuerdo con la Constitución, operaría en caso de que se diera una reiteración de criterios, sin siquiera abrir oportunidad para que el legislador defiendan la constitucionalidad de la ley, tal y como sucede en la acción de inconstitucionalidad<sup>3</sup>.

2. Para una propuesta de graduación de la intensidad de la objeción contramayoritaria al control judicial véase LINARES, S. (2008), *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Barcelona.

3. Y no vale decir que ello se debe a que, precisamente, una es resultado de un ejercicio de control difuso mientras que la segunda es una acción de inconstitucionalidad, ya que lo que discutimos son los *efectos* que poseen y el modo como debe ejercitarse (y regularse) la justicia constitucional en virtud de la objeción contramayoritaria y sus implicaciones dentro del entramado de una democracia constitucional.

Entonces, el gran inconveniente que a la luz de la crítica contramayoritaria presenta nuestro control difuso es que parece no haber lugar en él para plantear consensos ni disensos de cabo a rabo.

Todas estas características en lugar de contribuir a debilitar la intensidad de la objeción contramayoritaria, abonan el terreno para un ejercicio más cuidadoso y responsable del control difuso, así como quizás, para una regulación más específica de dicho ejercicio judicial; aunque no al modo como intentan hacerlo dos recientes proyectos legislativos<sup>4</sup>.

### ALGUNAS IMPLICACIONES PARA LA PRÁCTICA JUDICIAL

Como puede observarse, la objeción contramayoritaria a la justicia constitucional otorga un peso importante más no decisivo a las decisiones democráticas. Sin embargo, cabe apuntar que sostener el carácter contramayoritario del control judicial de constitucional en cualquiera de sus modalidades no implica oponerse a éste, sino supone establecer ciertas restricciones a su ejercicio; como por ejemplo, que el control llevado a cabo por el juez se realice bajo la presunción de que la ley o disposición a enjuiciar es constitucional. En palabras de Víctor Ferreres: “la presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que el texto de una ley es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el *sistema* de normas que el texto constitucional expresa”<sup>5</sup>.

Además, vale aclarar que esa ilegitimidad es gradual y varía dependiendo de ciertos factores institucionales. En este sentido, puede decirse que, en tanto mayores sean las credenciales democráticas de una ley –por ejemplo, que ésta haya sido sancionada con el apoyo directo del electorado–, más peso cobrará su presunción de constitucionalidad y más difícil será la carga de probar su inconstitucionalidad. Aunque existen ciertamente claras excepciones como, por ejemplo, que la mayoría democrática no atente contra minorías “discretas e insulares”, como diría John Hart Ely<sup>6</sup>.

Lo que en definitiva quiere decirse es que, mientras mayor sea el carácter democrático de una ley, mayor será la fuerza de la presunción de constitucionalidad y mayores las exigencias al juez para invalidarla, ya sea declarando su inconstitucionalidad con efectos generales o desaplicándola sólo para el caso concreto. Todo esto pone una clara dificultad: que el juez de control difuso (y el del concentrado con mayor razón) debe, sin margen de duda, probar la inconstitucionalidad, es decir, se impone al juzgador la carga fuerte de evidenciar la falta de regularidad entre la ley y/o los tratados internacionales.

4. El primero suscrito por los senadores Jesús Murillo Karam, Tomás Torres Mercado y Alejandro González Alcocer y el segundo a cargo del Diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia, presentados ante la Cámara de Senadores y la de Diputados respectivamente. Dichos proyectos distorsionan el control difuso al condicionar sus efectos a la confirmación de un Tribunal Colegiado, convirtiéndolo así, de nueva cuenta, en un asunto de jueces federales.

5. FERRERES, V. (1997), *Justicia constitucional y democracia*, p. 141. Énfasis añadido.

6 ELY, J. H. (1980), *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge.

Para concluir, me parece que todo lo dicho anteriormente tiene un reflejo claro en la práctica; y es que, para efectos interpretativos, el juez que ejerce el control difuso debe partir de una presunción fuerte de constitucionalidad de las leyes, esto es, que antes de arrojar a los brazos del activismo judicial contagiado por la “fiebre interamericana”, el intérprete debe mostrar fehacientemente que la ley no pasa el *test* de constitucionalidad: no existe alguna línea interpretativa capaz de conciliar el sentido de la ley con aquel expresado en la Constitución o en los tratados internacionales de derechos humanos. Ello implica que los jueces están forzados a inaplicar una ley sólo en caso de que sea indubitable e irrefutable su inconstitucionalidad a la luz del *Derecho tomado en su conjunto* y no sólo dentro de los linderos de un juicio penal, civil o mercantil. Si lo anterior es cierto, entonces la actitud interpretativa que deberían asumir los jueces mexicanos no es la de un ciego e ingenuo activismo judicial sino, más bien, de un talante mucho más restrictivo (*self-restraint* se denomina en la jurisprudencia norteamericana) al momento de plantearse la inaplicación de las leyes.

Ciertamente se han señalado algunos problemas, quizás elementales, que presenta el diseño del control difuso. El Derecho es una institución perfectible, como toda obra humana. Contribuirán sin duda a darle ese carácter las buenas leyes, pero también la práctica de operadores jurídicos responsables y conscientes de sus facultades y las grandes responsabilidades que conlleva actuar dentro de un régimen comprometido con valores democráticos y libertades fundamentales. ■

#### BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE CONSULTA

- Bayón, J. C., (2004). “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, Jerónimo, *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Bickel, A. M., (1962). *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, Estados Unidos de Norteamérica.
- Ely, J. H., (1980). *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge.
- Ferreres, V., (1997). *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Gargarella, R., (1996). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona.
- Linares, S., (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Barcelona.
- Marmor, A., (2006). “Are Constitutions Legitimate?”, Reaserch Paper, University of Southern California Law School, Estados Unidos de Norteamérica.