

CAPÍTULO SEGUNDO
PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL ESTADO MEXICANO.
LA FORMA DE ESTADO Y DE GOBIERNO

I. La forma republicana de gobierno	38
II. El gobierno representativo	40
III. El Estado democrático	43
Las fuentes y la democracia	44

CAPÍTULO SEGUNDO PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL ESTADO MEXICANO. LA FORMA DE ESTADO Y DE GOBIERNO

Las fuentes del derecho y las formas de Estado y de gobierno se encuentran estrechamente ligadas, y su influencia recíproca es notable en cualquier ordenamiento, pues si estas son resultado de la distribución de poder político dentro de una comunidad, aquéllas no son, como ya se ha mencionado, más que su representación jurídica.⁶⁷ Ideas tan importantes como división de poderes, federalismo, democracia, representación, presidencialismo, etcétera, se articulan jurídicamente a través del diseño de un sistema de fuentes determinado.

Teniendo presente lo anterior, se entiende que el estudio de la forma de Estado y de gobierno y su relación con las fuentes del derecho sirve, entre otros parámetros, tanto para la elaboración teórica del concepto de fuentes como para el estudio de un sistema de fuentes en concreto.⁶⁸ Un tipo de Estado determinado siempre da preferencia a ciertas formas de normación, creadas a través de procedimientos congruentes con la ideología que lo sustenta.

El artículo 40 de la Constitución mexicana dispone que: “es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta por 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”. En los apartados que siguen se estudian los elementos estructurales que identifica el artículo 40.

67 Balaguer Callejón, Francisco, *op. cit.*, nota 21, t. I, p. 59.

68 Pizzorusso, Alessandro, “Sistema delle fonti e forma di stato e di governo”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 2, 1986, p. 233. *Vid.*, también, Merkl, A., *op. cit.*, nota 16, pp. 8 y ss.

I. LA FORMA REPUBLICANA DE GOBIERNO

El primer elemento de la fórmula compleja que enuncia el artículo 40 es el de república. Esta forma de gobierno se ha opuesto, desde su surgimiento en las ciudades-Estado romanas, a la monarquía.⁶⁹ Siglos después, Maquiavelo lo volvió a sostener en los primeros párrafos de su obra *El Príncipe*: “todos los Estados o son repúblicas o son principados”.

Puede decirse que es republicano un Estado en el cual la jefatura del Estado no se transmite por vía hereditaria ni es desempeñada con carácter vitalicio,⁷⁰ y dentro del cual se observan una serie de valores y conductas acordes con lo que se ha llamado el republicanismo. Si junto a la forma republicana de gobierno se define un Estado como democrático, se entiende que la jefatura del Estado no sólo no es vitalicia ni hereditaria, sino que además se establece y se renueva con una participación relativamente directa del pueblo. Sobre las implicaciones del Estado democrático se volverá más adelante.

Además de lo anterior, el republicanismo, tanto como práctica del gobierno republicano y como ideología que lo sustenta, implica una serie de valores que se corresponden con varias consecuencias concretas dentro de la organización política del Estado constitucional.⁷¹ A continuación se explican algunos de los supuestos ideológicos de la República:⁷²

A. *Transigencia*: en la república se lanzan a la órbita política a todas las clases sociales, de modo que, frente a la monarquía, se presenta como un sistema que transige con todas ellas, conciliando en parte la “lucha de clases”.⁷³ Con la república se acepta el libre juego de clases en la

69 “La República apareció allí [en Roma] en oposición intencional a la monarquía; es más, en la conciencia de sus fundadores era simplemente no monarquía”. Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, 1970, p. 536.

70 *Vid.* Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, 3a. ed., Madrid, 1981, vol. II, pp. 229 y ss. Lucas Verdú apunta que “[...] la noción de la República es clara: negación de la herencia del poder político”. *Ibidem*, p. 229.

71 Carlos de Cabo sostiene que “la forma republicana implica ‘el republicanismo’, es decir, se vincula a todo un equipo intelectual, jurídico, moral, cultural y psicológico, que se traduce en una propuesta general reformadora del orden existente, de cambio social y político y, en consecuencia, en un enfrentamiento inmediato con las formas culturales y políticas que asumían la defensa de valores absolutos y permanentes”. “La República y el capitalismo liberal: supuestos ideológicos y jurídico-políticos”, *Contra el consenso*, cit., nota 39, p. 78. *Vid.*, también, Carbonell, Miguel, “*Contra el consenso*. Bases para discutir el constitucionalismo actual”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núms. 215-216, septiembre-diciembre de 1997 (se trata de una reseña-comentario al libro ya citado de Carlos de Cabo).

72 Los supuestos jurídico-políticos se irán viendo más adelante con algún detenimiento.

73 Cabo, Carlos de, *Contra el consenso*, cit., nota 39, p. 80.

búsqueda del poder político y se crean mecanismos de conciliación; se institucionaliza el conflicto y, con ello, la transigencia.⁷⁴

B. *Laicismo*: frente a la unión que durante siglos se ha dado entre la forma monárquica y el estamento religioso,⁷⁵ la república se presenta como una forma laica de gobierno. En este sentido, la república trata de secularizar por completo, desde la tolerancia hacia todas las creencias religiosas,⁷⁶ la vida social y política del Estado.⁷⁷

C. *Libertad e igualdad*:⁷⁸ los valores de libertad e igualdad han sido incorporados, desde 1789, en prácticamente todos los programas de los partidos republicanos. De ellos derivan importantes construcciones teóricas que sustentan por completo el aparato conceptual republicano. La mayor libertad responde a las necesidades de desarrollo del capitalismo en el sentido de que la relación entre el obrero y el patrón se desarrolle sin trabas.⁷⁹ Por su parte, la igualdad permite la participación de todos los ciudadanos en el proceso político; de ello deriva la noción jurídica de soberanía y se da lugar “al sistema representativo, a la regulación de toda la problemática electoral, a la determinación del específico papel del parlamento, etcétera”.⁸⁰

D. *La cultura como exigencia*: para que una república pueda consolidarse, es necesario que eduque a sus habitantes dentro de los propios principios republicanos. Es en el frente educativo donde los valores republicanos obtienen alguna posibilidad de permanencia frente a los intereses de las viejas clases dominantes.⁸¹ La práctica política de la república, el ejercicio de los derechos fundamentales (desde la libertad de tránsito hasta la existencia de una prensa libre) requiere que los ciuda-

74 *Idem*.

75 De Cabo dibuja el binomio histórico “trono-altar” y “república-laicismo”. *Ibidem*, p. 84.

76 En México, ese respeto se encuentra previsto en el artículo 24 constitucional.

77 La transigencia como supuesto del republicanismo “ejerce una notable influencia, favorecedora, en última instancia, de la reacción secular y laicizante. Porque en la medida en que se acepta y se institucionaliza la discrepancia, la libertad de opinión y de crítica, la tolerancia del contrario, no cabe duda que la religión y la Iglesia católicas, esencialmente dogmáticas y ostentadoras hasta el momento del monopolio de las conciencias, estaban sufriendo un duro golpe”. Cabo, Carlos de, *Contra el consenso*, cit., nota 39, p. 85.

78 En general, Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, introducción de Gregorio Peces-Barba, Barcelona, 1993.

79 Cabo, Carlos de, *Contra el consenso*, cit., nota 39, p. 86.

80 *Ibidem*, p. 87.

81 *Ibidem*, pp. 87-90.

danos aprecien los valores que la sustentan y que, en consecuencia, estén en posibilidad de defenderlos y hacerlos permanentes.⁸²

El hecho de que la Constitución mexicana haya escogido la república como forma de gobierno tiene que ver con el concepto de soberanía que recoge la propia carta magna. En efecto, en su artículo 39 declara que “la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”.

Esta concepción de la soberanía *nacional y popular*, tan cercana como distante a la vez de Siéyes y de Rousseau, hace imposible que la jefatura del Estado pueda transmitirse por vía sanguínea o dinástica, al margen de la intervención del pueblo, como sucede en la monarquía, ya que es del pueblo del que dimana todo poder público.

Aunque la tradición republicana comienza tempranamente en México, con la Constitución de 1824 (artículo 4o.), durante el siglo XIX fueron varios los intentos de convertir al país en un Estado monárquico. De hecho, se instalaron, durante cortos periodos, dos imperios de funestas consecuencias para la nación.

La polémica entre república y monarquía fue una de las banderas que usaron los principales partidos políticos del siglo pasado: el partido liberal siempre incluyó la forma republicana dentro de su programa, al contrario que el partido conservador.⁸³

II. EL GOBIERNO REPRESENTATIVO

El segundo término empleado por el artículo 40 —república *representativa*— tiene que ver también con la concepción constitucional de la soberanía.

Ya Montesquieu, en su obra *El Espíritu de las Leyes*, había señalado la pertinencia de la democracia representativa por encima de la democracia directa: “la gran ventaja de los representantes —dijo Montesquieu— es que tienen capacidad para discutir los asuntos. El pueblo en cambio no está preparado para esto, lo que constituye uno de los graves inconvenientes de la democracia”.⁸⁴ A pesar de lo claro que le parecía a Mon-

82 Vid. Vázquez, Rodolfo, *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, México, 1997, y Bolaños Guerra, Bernardo, *El derecho a la educación*, México, 1996.

83 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 24 ed., México, 1990, p. 87.

84 Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, 1995 (reimpr.), libro XI, cap. VI, p. 109.

tesquieu, la tensión entre democracia representativa y democracia directa o de la identidad ha estado presente, como bien ha escrito Pedro de Vega, a lo largo de la historia del Estado constitucional moderno.⁸⁵

Si el artículo 39 recoge en parte la tesis de la soberanía de Juan Jacobo Rousseau,⁸⁶ el artículo 40 se aleja prudentemente de ella en tanto comprende que el pueblo no puede participar directamente en la toma de decisiones políticas, por lo que debe escoger unos representantes para que formen la voluntad popular.⁸⁷ Así lo corrobora el artículo 41, al establecer que “el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión [...] y por los de los Estados”.

La Constitución en el resto de su texto no recoge ni siquiera formas de intervención popular semidirecta en el proceso de toma de decisiones públicas, tales como el plebiscito, el referéndum o la iniciativa legislativa popular, por lo que se ha dicho con razón que “consagra el régimen representativo en toda su pureza”.⁸⁸

Para el tema de las fuentes del derecho, el carácter representativo que la Constitución otorga a la forma de gobierno implica que toda la producción normativa queda en manos de los poderes públicos representantes del pueblo, cuando menos de forma primaria y siempre de acuerdo con las NSP contenidas en la Constitución, sin que ello sea obstáculo para que las normas creadas por el poder público estatuyan a su vez mecanismos de creación normativa a cargo de los particulares, como los convenios colectivos de trabajo o la costumbre, los cuales por otra parte, en tanto fuentes *extra ordinem*, pueden llegar a darse incluso sin el reconocimiento explícito del Estado.⁸⁹

85 Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1991 (reimp.), pp. 102-103.

86 Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, 1991, libro III, cap. XV.

87 En general, sobre la representación política, Pitkin, Hanna F., *El concepto de representación*, trad. de Ricardo Montoro, Madrid, 1985.

88 Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 83, p. 98.

89 La presencia de fuentes del derecho extralegislativas o extraestatales por una parte y de normas originadas por el consenso de los principales actores sociales (producto de la sociedad corporativista del presente y que ha llevado a hablar por ejemplo de “contractualización de las leyes”) es una característica de la fase actual de desarrollo del Estado capitalista como lo han señalado Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 48, p. 225; Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 6, p. XII; Cabo, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del derecho*, Barcelona, 1993, t. II, pp. 347-349; Arbos, Xavier, “La crisis de la regulación estatal”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 71, 1991, pp. 259-280; Arbos, Xavier, “La regulación estatal y el buen gobierno”, en Giner, Salvador, y Sarasa, Sebastián (eds.), *Buen gobierno y política social*, Barcelona, 1997, pp. 201-208, entre otros autores.

Aun así, en tanto los ciudadanos no participan directamente en el proceso político-jurídico de toma de decisiones, sino que éstas corresponden a los representantes populares integrados en los órganos de gobierno, toda la normación estatal queda también a cargo de tales representantes, no de los representados, que no pueden expresar por sí mismos la voluntad estatal.

Los representantes, aunque la Constitución no lo señale expresamente y de acuerdo con los conceptos de soberanía y representación nacional acuñados en los albores del Estado burgués,⁹⁰ no se encuentran sometidos a mandato imperativo; es decir, representan a toda la nación, no a un grupo de electores o a una región determinada, de modo que los que los votaron no pueden revocar su competencia. Como consecuencia de esto, al menos formalmente, tampoco los partidos pueden cesar o sancionar a un diputado o un senador que no vote conforme al criterio de las directivas partidistas⁹¹ (que en México, cuando menos por lo que hace al Partido Revolucionario Institucional —en lo sucesivo, PRI—, se identifican plenamente con la voluntad del presidente); sin embargo, en la realidad los partidos han recurrido a las dimisiones en blanco, las multas y otros medios para mantener la disciplina de partido y evitar que surja la discrepancia entre la voluntad del parlamentario individual y la de la dirección del partido.⁹²

El problema del mandato imperativo se ha presentado en la práctica en México: en 1963, se modificó la Constitución y se crearon los llamados “diputados de partido” para abrir un poco más la Cámara de Diputados a los partidos de oposición. Por ese cambio se planteó el caso de los diputados de partido que abandonan, ya estando en el ejercicio de su cargo, el partido que los ha postulado para el mismo. La solución pro-

90 Cfr. Vega, Pedro de, “Significado constitucional de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 44, 1985, p. 30.

91 Aunque en la realidad se ha producido una mutación constitucional por la cual el mandato representativo ha quedado relegado “a ser un figura encuadrable en la retórica constitucional, que nada tiene que ver con la praxis y la realidad parlamentaria”. *Ibidem*, p. 41, y Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, p. 183.

92 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 90, p. 42; también puede verse sobre el tema, de entre los muchos autores que lo han tratado, Torres del Moral, Antonio, “Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos”, *Revista del Departamento de Derecho Político-UNED*, Madrid, núm. 14, 1982; Cabo, Antonio de, *El derecho electoral en el marco teórico y jurídico de la representación*, México, 1994, pp. 80-87; Fernández Segado, Francisco, “Partidos políticos, representación parlamentaria e interdicción del mandato imperativo”, *El Poder Legislativo en la actualidad*, México, 1994, pp. 287-323; Méndez de Vigo, Íñigo, “Mandato imperativo y Constitución de 1978”, *Gobierno y administración en la Constitución*, Madrid, 1988, vol. II, pp. 1,021-1,044 (sobre todo las conclusiones).

puesta ha sido en el sentido de que la pertenencia al partido es requisito de “elegibilidad”, pero que, una vez que la elección se ha llevado a cabo y un diputado ha sido propuesto por un partido, se convierte en representante de la nación, sin que la mencionada pertenencia al partido pueda ser exigible en momentos posteriores.⁹³

En términos semejantes se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, que sostiene lo siguiente:

[...] lo cierto es que el derecho a participar [políticamente] corresponde a los ciudadanos, y no a los partidos, que los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos, y que la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos sino de la expresada por los electores a través del sufragio expresado en elecciones periódicas.⁹⁴

Una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto, de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado, en el sentido más amplio del término.⁹⁵

III. EL ESTADO DEMOCRÁTICO

El tercer término que usa el artículo 40 es el de democracia. La Constitución mexicana, en su artículo 3o., proporciona un concepto de democracia considerándola —dice el inciso a) de la fracción II— “no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

La democracia tiene un papel esencial para el régimen constitucional. Aparte de lo que más adelante se dirá sobre la necesidad de que toda Constitución, para serlo de verdad, debe ser democrática, lo cierto es que la democracia legitima la Constitución y le permite obtener su cualidad *normativa*.⁹⁶

Tal legitimación se produce en dos momentos: cuando se crea la Constitución, ya que la democracia legitima a las Constituciones creadas por

93 Valadés, Diego, “El Poder Legislativo mexicano”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 4, Madrid, julio-agosto de 1978, p. 36; Valadés, Diego, “El control interorgánico entre los poderes Legislativo y Ejecutivo en México”, *El sistema presidencial mexicano (Algunas reflexiones)*, México, 1988, p. 250.

94 Sentencia 5/1983, fundamento jurídico 4o.

95 Sentencia 10/1983, fundamento jurídico 4o.

96 Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, 1989, p. 27.

el pueblo soberano, y en la organización del Estado, asegurando conductos democráticos de expresión de la voluntad popular y otra serie de condiciones necesarias para la realización de la libertad y de la igualdad de los hombres.⁹⁷ Si la Constitución solamente reuniera el primero de los dos momentos, podría ser válida, pero no tendría legitimidad.⁹⁸

Las fuentes y la democracia

La estructuración democrática del Estado y la constitucionalización del principio democrático tienen múltiples consecuencias para todo el sistema jurídico-político, como las que acaban de mencionarse. Limitando las observaciones a su repercusión en las fuentes del derecho, la democracia implica, entre otras cosas, las siguientes:⁹⁹

A. Crea una suerte de jerarquía entre las distintas autoridades públicas, de modo que tendrá un rango primario aquel órgano en cuya integración participe la mayor parte del pueblo como tal o como cuerpo electoral a través del sufragio universal y directo, siguiéndole en la escala los órganos electos indirectamente o de composición mixta, para terminar con los órganos no elegidos popularmente. Esto como consecuencia de que en el Estado democrático todos los poderes públicos encuentran en la voluntad popular su legitimación y, en principio, ninguno puede ser ajeno a ella.¹⁰⁰

B. Sobre la base de la anterior jerarquía orgánica, se entiende que la potestad superior de creación normativa debe recaer en el Estado democrático en el órgano que tenga el máximo grado posible de representatividad en tanto su composición deriva de la elección popular.¹⁰¹

97 "La democracia es el principio legitimador de nuestra Constitución no sólo porque esa Constitución emane democráticamente, sino, sobre todo, porque el Estado que organiza es un Estado que asegura la democracia, es decir, un Estado en que la atribución de la soberanía al pueblo no sólo está declarada, sino garantizada a través de determinadas cláusulas constitucionales que permiten a ese pueblo seguir siendo soberano, permanecer como un pueblo de hombres libres e iguales en su libertad". *Ibidem*, p. 42.

98 *Ibidem*, p. 43.

99 Cfr. Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 68, pp. 220 y ss.; Pizzorusso, Alessandro, "The Law-Making Process as a Juridical Activity", *cit.*, nota 21, p. 78; Merkl, A., *op. cit.*, nota 16, pp. 52 y ss.

100 Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 15, p. 142; *vid.*, también, las observaciones de Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, nota 34, pp. 190-191.

101 "La jerarquía es, pues, la consecuencia natural de la diferente posición de la supremacía política o superioridad orgánica de la organizaciones que emiten distintos tipos de normas; estas posiciones se objetivan, transfiriendo la superioridad subjetiva de los órganos a sus respectivos productos normativos". Santamaría Pastor, J. A., *op. cit.*, nota 23, p. 315. "[...] la jerarquía es una técnica imprescindible para asegurar la armonía entre los diversos poderes sociales con capacidad de produc-

aunque esta característica no es constante ni en la historia del derecho ni en el derecho comparado actual como recuerda Pizzorusso.¹⁰² Las consecuencias que de ello derivan para la posición de la ley en el ordenamiento y para sus relaciones con el resto de normas y en particular con el reglamento son enormes, como se explica en seguida.

La ley en un Estado democrático —al margen de cuestiones de competencia que pueden derivar del hecho de que la Constitución asigne directamente a una norma distinta de la ley una determinada materia— no sólo es superior al resto de las normas infraconstitucionales, en el sentido de tener fuerza activa para derogarlas y fuerza pasiva para resistirse a ser derogada por ellas, sino que tiene un régimen jurídico por completo particular. A reserva de abundar después en ello, basta mencionar tres puntos fundamentales:

a) La presunción de constitucionalidad de la ley, la cual implica, por lo menos, las siguientes tres cuestiones.¹⁰³ En primer lugar, una confianza otorgada al legislador para interpretar y observar la Constitución en el momento de hacer las leyes. En segundo, que una ley no puede ser declarada inconstitucional a menos que exista una “duda razonable” sobre su no adecuación a la Constitución. Por último, que si una ley está redactada en términos tan amplios que permita varias interpretaciones —una de ellas posiblemente inconstitucional— debe presumirse que el legislador ha sobreentendido que la interpretación que debe hacerse de esa ley es la que se encuentra dentro de los parámetros de la Constitución. Éste es el criterio del Tribunal Constitucional español cuando entiende que una opción política del legislador sólo puede rechazarse “cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos”;¹⁰⁴

b) El privilegio de la ley de ser juzgada en una jurisdicción constitucional concentrada, lo que se traduce en la prohibición de su inaplicabilidad por parte de los jueces ordinarios y en el consiguiente monopolio

ción normativa, y para reconducir el ordenamiento a unidad”. Balaguer Callejón, Francisco, *op. cit.*, nota 21, t. I, p. 143.

102 Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 68, p. 233.

103 Se sigue la exposición de García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 8, p. 96.

104 Sentencia del STC 11/81 y 66/85; Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 6, pp. 50 y ss.; Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 15, p. 148.

de un tribunal constitucional para invalidarlas y expulsarlas del ordenamiento,¹⁰⁵ y

c) Las reservas que la Constitución hace a favor de la ley para que sea la norma que desarrolle los principales mandatos constitucionales y, especialmente, la regulación legislativa de los derechos fundamentales. En este sentido, la Constitución española dispone que el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas debe hacerse por medio de leyes que requieren de una mayoría reforzada para su aprobación, las leyes orgánicas (artículo 81), aparte de la reserva general de su artículo 53.¹⁰⁶

En la Constitución mexicana la ley es, sin duda, el instrumento privilegiado para el desarrollo de las garantías individuales y sociales. En su capítulo primero son constantes las referencias a la ley y al legislador para complementar el cuadro constitucional de derechos fundamentales. La dialéctica entre la Constitución y la ley es especialmente notable en esa parte de la carta magna, al punto de que se ha llegado a sostener, con razón, que todo lo referido a los derechos humanos se encuentra sujeto a reserva de ley,¹⁰⁷ como en la Constitución española.

C. Como la democracia implica el gobierno de la mayoría, pero no su "tiranía",¹⁰⁸ y con el objeto de asegurar a las minorías, y que en todo caso el principio democrático mayoritario se ajustará a la norma teóricamente más democrática del sistema que es la Constitución, se establece una jurisdicción constitucional que controla la correspondencia entre la carta magna y las fuentes derivadas.

Esto es así, ya que tan democrático es que las decisiones se tomen por mayoría como que esa mayoría no pueda aplastar a las minorías. Se busca la democracia pero no a través de la asfixia del pluralismo. Mayorías y minorías deben estar protegidas de cada una en un régimen democrático, pero sobre todo las últimas.¹⁰⁹ En palabras de Paolo Flores D'Arcais,

105 Aunque un juez pueda hacer un enjuiciamiento previo de la ley para presentar un cuestión de inconstitucionalidad en caso de duda, allí donde exista esa vía procesal.

106 Vid. Peces-Barba, Gregorio, *et al.*, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, 1995, pp. 491 y ss.

107 Cárdenas, Jaime F., *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, 1996, p. 64.

108 Cfr. Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia. I. El debate contemporáneo*, Madrid, 1987, pp. 167 y ss., especialmente p. 170, donde se afirma que, en el ámbito constitucional, lo que preocupa son las minorías, no las mayorías.

109 "[...] la democracia aparece configurada como un sistema de protección de las minorías". Vega, Pedro de, "Constitución y democracia", *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, México,

[en democracia] el principio de mayoría ocupa un segundo lugar. El primero lo ocupan todos los dispositivos que garantizan a cada ciudadano contra los riesgos de un despotismo de la mayoría. La tutela de las minorías, hasta de aquella minoría extrema pero preciosa por excelencia que es el individuo, el disidente individual, constituye una metarregla peculiar y decisiva del régimen de gobierno liberaldemocrático.¹¹⁰

Tal como lo expone Manuel García Pelayo, la mejor forma de proteger a la democracia es su articulación con el Estado de derecho, lo que conlleva que

la mayoría no dispone de un poder ilimitado ni sobre el Estado, ni en el seno del Estado [...] [por lo que] ha de actuar dentro de los límites del área que la Constitución le asigna al Estado [...] adaptándose al orden de competencias establecido por la Constitución y las leyes [...] [en consecuencia] las decisiones tomadas por la mayoría parlamentaria no son *eo ipso* justas ni constitucionales, y tanto en defensa de las minorías como en interés de la Constitución, debe haber la posibilidad de cuestionar su validez ante una jurisdicción constitucional.¹¹¹

Por otro lado, desde tiempo atrás se ha visto la necesidad de limitar de alguna forma el principio mayoritario en virtud de que llevarlo hasta sus últimas consecuencias sería contraproducente incluso para aquellos a los que busca beneficiar. Tal limitación se ha dado por:¹¹² *a*) la dificultad de configurar mecanismos de comprobación del consenso —tanto electoral como refrendatario—, y *b*) la posibilidad de manipular la opinión pública que tantas desgracias ha producido en nombre de “los derechos de la mayoría” y “los sentimientos del pueblo”.¹¹³ Como dice Norberto

1983, p. 51; el mismo autor acude a una cita de Giuglielmo Ferrero para decir que “en las democracias, la oposición es un órgano de soberanía popular tan vital como el gobierno. Suprimir la oposición es suprimir la soberanía del pueblo”. *Loc. cit.*

110 Flores D’Arcais, Paolo, “La democracia tomada en serio”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 2, mayo de 1990, p. 4.

111 García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 1, pp. 100-101; *vid.* Pizzorusso, *op. cit.*, nota 68, p. 234. Aunque hay que aclarar que tampoco un Estado pierde su carácter democrático por carecer de justicia constitucional como muy bien lo ilustra el caso de Inglaterra. Sobre las consecuencias que para el sistema de fuentes tiene la jurisdicción constitucional se abunda más adelante.

112 Pizzorusso, A., *op. cit.*, nota 66, p. 90. *Vid.*, también, Ferrajoli, Luigi, “Jurisdicción y democracia”, *cit.*, nota 19, p. 3.

113 En concreto sobre los riesgos del referéndum y de la iniciativa legislativa popular como posibles vías de subvertimiento del orden constitucional, *vid.* Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, pp. 124-

Bobbio, “nada es más peligroso para la democracia que el exceso de democracia”.¹¹⁴

De hecho, lo propio de un Estado constitucional con democracia avanzada tal vez sea cambiar la distribución jerárquica de las normas tal como se concibe en la actualidad —es decir, eminentemente ligada al órgano que lleva a cabo la producción normativa— para hacerla recaer en la protección de los derechos fundamentales, de modo que tenga mayor jerarquía, o al menos cierta preferencia aplicativa, aquella norma que proteja más amplia o eficazmente los derechos fundamentales, independientemente del órgano que la haya creado.¹¹⁵

127. Otras limitaciones al principio mayoritario pueden verse en Bobbio, Norberto, “La regla de mayoría: límites y aporías”, trad. al castellano en *Norberto Bobbio: el filósofo y la política (Antología)*, estudio preliminar y compilación de José Fernández Santillán, México, 1996, pp. 255-277.

114 Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, 1992, p. 20.

115 Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, *cit.*, nota 19, p. 69. *Cfr.*, en sentido parecido, Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, *cit.*, nota 19, pp. 42-44, donde se propone una “jerarquía axiológica”.