



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

# Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria

Estudios en homenaje a Jorge Carpizo

## ESTADO CONSTITUCIONAL

Tomo IV • Volumen 1

Miguel Carbonell  
Héctor Fix-Fierro  
Luis Raúl González Pérez  
Diego Valadés

*Coordinadores*



ESTADO CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS,  
JUSTICIA Y VIDA UNIVERSITARIA

Estudios en homenaje a Jorge Carpizo

ESTADO CONSTITUCIONAL

Tomo IV  
Volumen 1

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 715

---

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos  
Cuidado de la edición y formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

ESTADO CONSTITUCIONAL,  
DERECHOS HUMANOS, JUSTICIA  
Y VIDA UNIVERSITARIA

Estudios en homenaje a Jorge Carpizo

ESTADO CONSTITUCIONAL

Tomo IV  
Volumen 1

MIGUEL CARBONELL  
HÉCTOR FIX-FIERRO  
LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ  
DIEGO VALADÉS

*Coordinadores*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
MÉXICO, 2015

Primera edición: 5 de enero de 2015

DR © 2015, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

## CONTENIDO

|                                                                                                                                   |      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Presentación . . . . .                                                                                                            | XI   |
| Los coordinadores                                                                                                                 |      |
| Jorge Carpizo, un universitario excepcional . . . . .                                                                             | XIII |
| José NARRO ROBLES                                                                                                                 |      |
| Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una<br>propuesta . . . . .                                         | 1    |
| Josep AGUILÓ REGLA                                                                                                                |      |
| Carpizo y la reforma de 1994: una perspectiva neoinstitucional<br>individualista . . . . .                                        | 33   |
| María del Carmen ALANIS FIGUEROA                                                                                                  |      |
| 1994: Diálogo y reforma. Un testimonio . . . . .                                                                                  | 53   |
| Jorge ALCOCER V.                                                                                                                  |      |
| Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”,<br>“garantismo” y aplicación judicial de la Constitución . . . . . | 83   |
| Manuel ARAGÓN REYES                                                                                                               |      |
| Notas al presidencialismo mexicano . . . . .                                                                                      | 105  |
| Miguel ARROYO RAMÍREZ                                                                                                             |      |
| El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpreta-<br>ción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación . . . . .   | 117  |
| César ASTUDILLO                                                                                                                   |      |
| La dogmática jurídica como tecno-praxis . . . . .                                                                                 | 169  |
| Manuel ATIENZA                                                                                                                    |      |
| Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacio-<br>nal y de la globalización . . . . .                         | 197  |
| Francisco BALAGUER CALLEJÓN                                                                                                       |      |
| El sistema electoral del federalismo mexicano de ayer y hoy . . . . .                                                             | 213  |
| Daniel A. BARCELÓ ROJAS                                                                                                           |      |

|                                                                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. . . . .                                                                                    | 235 |
| Carlos BERNAL PULIDO                                                                                                                                          |     |
| No es solo la representación, sino también el control. . . . .                                                                                                | 277 |
| Paloma BIGLINO CAMPOS                                                                                                                                         |     |
| El mito político de los senados territoriales (un estudio de derecho comparado). . . . .                                                                      | 297 |
| Roberto L. BLANCO VALDÉS                                                                                                                                      |     |
| El himno como símbolo del Estado: dimensión jurídico-política. . .                                                                                            | 327 |
| Joaquín BRAGE                                                                                                                                                 |     |
| Variables jurídico constitucionales de la reforma energética . . . . .                                                                                        | 357 |
| Jaime CÁRDENAS                                                                                                                                                |     |
| La “semiosfera” latinoamericana y los retos del “nuevo constitucionalismo”. . . . .                                                                           | 397 |
| Michele CARDUCCI                                                                                                                                              |     |
| Principales retos del presidencialismo mexicano desde la perspectiva de Jorge Carpizo: el caso de la financiación de las candidaturas independientes. . . . . | 411 |
| Oswaldo CHACÓN ROJAS                                                                                                                                          |     |
| Carpizo: un sistema federal de gobierno que haga viable y eficaz al Estado federal mexicano. . . . .                                                          | 419 |
| Germán CISNEROS FARIÁS                                                                                                                                        |     |
| Estado de derechos, social y democrático: la gran asignatura pendiente . . . . .                                                                              | 453 |
| Rolando CORDERA CAMPOS                                                                                                                                        |     |
| 37 años de evolución democrática en México . . . . .                                                                                                          | 471 |
| Lorenzo CÓRDOVA VIANELLO                                                                                                                                      |     |
| El concepto de soberanía en los textos revolucionarios franceses y norteamericanos. . . . .                                                                   | 503 |
| Alberto Ricardo DALLA VIA                                                                                                                                     |     |
| Reforma laboral antidemocrática. . . . .                                                                                                                      | 513 |
| José DÁVALOS                                                                                                                                                  |     |

|                                                                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Estudio del artículo: La interpretación del artículo 133 constitucional de Jorge Carpizo . . . . .                                                   | 533 |
| Rosa María DÍAZ LÓPEZ                                                                                                                                |     |
| Rigidez constitucional. Un concepto toral . . . . .                                                                                                  | 551 |
| Sergio DÍAZ RICCI                                                                                                                                    |     |
| Sin un Estado fuerte no hay mercados competitivos: a 20 años de la promulgación de la Ley Federal de Competencia Económica. . . . .                  | 589 |
| Carlos ELIZONDO MAYER-SERRA                                                                                                                          |     |
| El fortalecimiento constitucional del sistema presidencial mexicano . . . . .                                                                        | 613 |
| Bernardino ESPARZA MARTÍNEZ                                                                                                                          |     |
| Orden constitucional: principios y procesos . . . . .                                                                                                | 631 |
| Rafael ESTRADA MICHEL                                                                                                                                |     |
| Criminalidad y globalización . . . . .                                                                                                               | 653 |
| Luigi FERRAJOLI                                                                                                                                      |     |
| Jorge Carpizo: inspirador de la creación de los órganos constitucionales autónomos . . . . .                                                         | 669 |
| Mauricio FARAH GEBARA                                                                                                                                |     |
| Hacia el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Una reflexión a propósito de reformas, textos, modelos y culturas constitucionales. . . . . | 683 |
| Héctor FIX-FIERRO                                                                                                                                    |     |
| El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento . . . . .                                     | 733 |
| Javier GARCÍA ROCA                                                                                                                                   |     |
| Política, derecho y Estado constitucional . . . . .                                                                                                  | 797 |
| Raúl GONZÁLEZ SCHMAL                                                                                                                                 |     |
| Las referencias recíprocas entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo? . . . . .             | 819 |
| Tania GROPPY y Anna María LECIS COCCO-ORTU                                                                                                           |     |



## PRESENTACIÓN

La vida de Jorge Carpizo (1944-2012) fue muy fecunda, y tocó varios ámbitos. Quienes tuvimos la dicha de conocerlo supimos de su inmensa dedicación a la vida universitaria, de su preocupación por la justicia, de su intenso estudio del Estado constitucional y de su permanente lucha a favor de los derechos humanos.

En esta obra colectiva queremos rendirle un sentido homenaje, analizando cada uno de esos cuatro aspectos que constituyeron la columna vertebral de su vida pública.

Además, en esta obra se reúnen testimonios de personas que tuvimos la fortuna de coincidir con el doctor Jorge Carpizo en algún momento o a lo largo de muchos años, y que nos sentimos profundamente conmovidos por su temprana muerte, la cual todavía nos duele y nos aflige.

Antes de los testimonios y de los ensayos académicos que integran la presente obra, se incluye un luminoso texto del doctor José Narro Robles, rector de la Universidad Nacional Autónoma de México y amigo durante décadas de Jorge Carpizo.

Este esfuerzo colectivo busca ser un ejercicio de memoria para recordar y volver a pensar sobre los temas que fueron del interés de Jorge Carpizo, pero también es la mejor forma de hacer un homenaje en su memoria. Estamos ciertos de que a Carpizo le hubiera gustado ver a tantos y tantos de sus amigos poniendo por escrito sus conocimientos y sus recuerdos, para honrar a quien nos dejó cuando menos lo esperábamos.

El lector podrá encontrar a lo largo de las páginas que siguen, trazos que nos muestran a Carpizo como profesor universitario, como funcionario público en distintos ámbitos, como diplomático, incluso como apasionado de la buena música y de la buena cocina.

Igualmente, podrá también hallar reflexiones teóricas sobre los asuntos que ocuparon su vida intelectual y académica. En muchos de los ensayos académicos que se pueden leer en las páginas que siguen los autores dialogan con el pensamiento de Jorge Carpizo, expuesto con singular nitidez en sus libros y sus artículos. Es también una forma de demostrar

XII

PRESENTACIÓN

que su pensamiento sigue vivo y que va a conservarse vigente durante muchos, muchos años. Como lo hará también su imperecedero recuerdo.

Los coordinadores

Ciudad Universitaria, Coyoacán

Febrero de 2014

## JORGE CARPIZO, UN UNIVERSITARIO EXCEPCIONAL<sup>1</sup>

José NARRO ROBLES

### ALGUNOS DATOS BIOGRÁFICOS Y CURRICULARES

La vida del doctor Jorge Carpizo fue intensa y extraordinaria. Nació el 2 de abril de 1944 en Campeche, y en su terruño realizó, entre 1951 y 1959, sus estudios de primaria y secundaria. Fue el mejor alumno de su generación en los dos niveles. En la ciudad de México, en la Universidad La Salle, cursó la preparatoria, en donde obtuvo diez de promedio.

En 1963 ingresó a la Universidad Nacional, la perla de sus amores, para cursar sus estudios de derecho, en los que alcanzó 9.9 de promedio. El 9 de febrero de 1968 presentó su examen profesional, con el que consiguió el título correspondiente. Su destacada trayectoria en la Facultad le permitió configurar en aquellos días un jurado extraordinario presidido por don Mario de la Cueva e integrado por Luis Recaséns, Jorge Sánchez Cordero, Niceto Alcalá Zamora y Castillo y el maestro Héctor Fix-Zamudio.

Entre 1969 y 1970 cursó la maestría en derecho en la London School of Economics and Political Science de la Universidad de Londres. De regreso a México efectuó sus estudios doctorales en la Facultad de Derecho de la UNAM, en donde el 14 de abril de 1978 presentó el examen de grado correspondiente. En virtud de la calidad de su tesis y del brillante examen para defenderla, fue aprobado con mención honorífica.

La vida de Jorge Carpizo fue un pasaje continuo entre el saber, el servicio y la responsabilidad. Fue justamente el reconocimiento de los valores y principios que defendía, al igual que la identificación de las cualidades

<sup>1</sup> Ensayo que incorpora pasajes de tres intervenciones registradas el 31 de marzo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; el 26 de mayo en San Luis Potosí, en el XIII Congreso Nacional de Abogados, y el 7 de julio de 2012 en el Congreso del Estado de Campeche.

que lo caracterizaron, lo que hizo que desde muy joven se le encargaran responsabilidades de gran importancia, tanto en la Universidad Nacional como en el servicio público. Durante casi todo el año de 1967 laboró en la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica de la Secretaría de Educación Pública. Posteriormente fungió como secretario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, entonces bajo la dirección del doctor Héctor Fix-Zamudio.

Al regreso de sus estudios de maestría fue designado subdirector de la Dirección General de Asuntos Jurídicos, y posteriormente asesor de la Secretaría General Auxiliar de la propia Universidad Nacional. Antes de cumplir 29 años se desempeñó como abogado general en el primer periodo rectoral del doctor Guillermo Soberón, entre 1973 y 1977. En enero de este último año fue nombrado coordinador de Humanidades, y entre octubre de 1978 y el mismo mes de 1984, la H. Junta de Gobierno lo designó director del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Dos meses después de haber concluido esa responsabilidad, la propia Junta de Gobierno lo seleccionó para dirigir los trabajos de la Universidad, al nombrarlo rector de nuestra institución, cargo que desempeñó con profunda convicción y calidad entre enero de 1985 y enero de 1989.

El periodo comprendido entre abril de 1989 y marzo de 1998 es el que da cuenta de la mayor parte de las funciones que desarrolló como servidor público en el gobierno federal y en el Poder Judicial. Durante los nueve años comprendidos en ese lapso se desempeñó como ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y como presidente fundador de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. De igual forma, fue procurador general de la República, secretario de Gobernación y embajador de México en Francia.

En todos los puestos cumplió su tarea con apego total a los principios y valores que pregonaba en su cátedra y en sus escritos. La congruencia entre su decir y su hacer fue siempre una de sus características más distintivas. Toda su vida personal, profesional y universitaria constituye un ejemplo de congruencia, un modelo de moral auténticamente republicana.

Fue un distinguido profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y también de la de Ciencias Políticas y Sociales. Impartió cátedra lo mismo en la licenciatura que en el posgrado, y lo hizo brillantemente en México y fuera del país. Como ejemplo se puede citar su larga estancia académica en la Universidad Complutense de Madrid. Dirigió 15 tesis de licenciatura y diez de posgrado, una de especialización, cuatro de maestría o equivalente y cinco de doctorado. Por su enorme prestigio como académico y como jurista, fue el presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional de 2002 hasta su fallecimiento.

Fue designado como Investigador Emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, y también en el Sistema Nacional de Investigadores. Su dedicación al estudio, la reflexión y el cumplimiento de sus compromisos como académico originaron que contara con una obra escrita extensa, de calidad y bien reconocida nacional e internacionalmente hablando.

Para ejemplificar lo anterior, bastaría con recordar los 21 libros en los que participó en su elaboración, 17 de ellos de su autoría individual y cuatro en los que colaboró otro autor. Además, ocho de los libros ameritaron dos o más ediciones y reimpresiones. Sobresalen en este sentido el clásico publicado en los años setenta *El presidencialismo mexicano*, que cuenta con 19 ediciones, y que ha sido traducido al italiano y al alemán.

Sin embargo, no se trata de un solo éxito editorial. También deben mencionarse *La Constitución mexicana de 1917*, que cuenta a la fecha con 15 ediciones; *Derecho constitucional*, escrito en coautoría con Miguel Carbonell, que cursa en su séptima edición y que ha sido publicado también en italiano; *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, escrito conjuntamente con Diego Valadés, que ha sido publicado en México, España y Colombia; al igual que una de sus últimas aportaciones a los estudios constitucionales, *El sistema presidencial mexicano*, publicado en 2011 en Perú.

Su rica producción académica cuenta en adición con 17 capítulos extensos incluidos en libros de elaboración colectiva, al igual que con 91 artículos publicados en prestigiadas revistas nacionales e internacionales, principalmente dedicadas a temas de derecho y educación.

Su enorme producción académica se complementa con 15 estudios y reseñas de tipo legislativo y de jurisprudencia, con 89 prólogos de libros, con 40 voces incluidas en el *Diccionario Jurídico Mexicano* y con 289 artículos y productos de divulgación, algunos de ellos discursos extraordinarios, llenos de contenido, de ideas y reflexiones profundas. Por si todo esto fuera poco, fue editor, coordinador, o coeditor de 16 libros de autoría colectiva.

El resultado de una vida universitaria tan extraordinaria dio como resultado, obviamente, que recibiera en vida 55 premios y 41 distinciones, entre las que sobresalen, por ejemplo, haberse hecho merecedor de once doctorados *honoris causa* en universidades mexicanas, pero también de Colombia, los Estados Unidos, Israel, Canadá y España.

De igual forma, recibió el Premio de Investigación en Ciencias Sociales que otorga la actual Academia Mexicana de Ciencias; la medalla Justo Sierra Méndez, del Congreso de Campeche, y el Premio René Cassin de derechos humanos. Por sus aportaciones sobresalientes fue conde-

corado por los gobiernos de Perú, Venezuela, Colombia, Guatemala y Francia, además de que varias bibliotecas, librerías, salones, auditorios y cátedras especiales fueron designadas con su nombre.

El doctor Jorge Carpizo fue un conferenciante muy reconocido y solicitado que impartió más de 200 conferencias y que participó en cerca de 160 congresos y seminarios, habiendo fungido como organizador en casi 50 de ellos. Fue integrante respetado de numerosos grupos de evaluación, de comités y comisiones, además de haber sido miembro de 25 academias y sociedades de México y el extranjero. Formó parte también de 32 comisiones redactoras de proyectos y dictámenes legislativos.

Jorge Carpizo fue un extraordinario estudiante y un investigador superior, al igual que un funcionario excepcional. Él consideraba su dedicación al estudio como parte de sus responsabilidades públicas, como una vía para contribuir a mejorar las condiciones de los demás, en particular las de los más vulnerables.

#### JORGE CARPIZO, UNA PERSONALIDAD DESBORDANTE

Cuando pienso en Jorge Carpizo como el gran universitario que fue y como ilustre campechano, no puedo dejar de mencionar a otro insigne personaje, que también tiene esas dos características. Me refiero, por supuesto, al fundador de la Universidad Nacional de México, a don Justo Sierra, quien se expresaba así sobre el perfil del egresado de nuestra institución, en su discurso inaugural pronunciado el 22 de septiembre de 1910:

Cuando el joven sea hombre, es preciso que la Universidad o lo lance a la lucha por la existencia en un campo social superior, o lo levante a las excelsitudes de la investigación científica; pero sin olvidar nunca que toda contemplación debe ser el preámbulo de la acción; que no es lícito al universitario pensar exclusivamente para sí mismo...

Puedo sostener con toda convicción que Jorge Carpizo es un claro ejemplo del perfil que Justo Sierra deseaba que tuvieran los egresados de la institución nacional que imaginó y fundó. Por eso es uno de los ejemplos más sobresalientes de universitario que tiene la UNAM.

Jorge Carpizo es, por todo ello, ampliamente reconocido como uno de los grandes constitucionalistas de nuestro tiempo. Su ausencia real-

mente se siente y es más notoria en estos días de campañas, de promesas de cambio y de reforma, de discusiones sobre la organización del Estado nacional.

En un homenaje luctuoso señalé que para describir a Jorge Carpizo hacen falta sustantivos y adjetivos. En efecto, él fue un referente, un líder, un guía y un ejemplo a quien sin duda vamos a echar de menos en los grandes momentos del país. Se trata de un personaje que fue recio, serio, profesional, dedicado, comprometido, valioso y valiente, estudioso e innovador. Nunca fue, me consta, un hombre cautivado por el poder económico o político, y todavía menos alguien dispuesto a la autocomplacencia, a la comodidad, a hacer concesiones cortesanías.

Sobresalía por su inteligencia y don de gente con sus amigos, con las personas correctas, con los que mostraban una conducta positiva. Era duro con sus detractores e implacable con los que se desviaban del cumplimiento de la norma. Siempre dispuesto a encabezar causas justas, fue un ser primordialmente congruente. Con él era muy difícil equivocarse. Una línea recta articulaba su pensamiento con su decir y con su hacer. No había el menor punto de quiebre en esas dimensiones.

Jorge Carpizo fue un hombre honesto, honorable y congruente. Siempre aportó y nunca sacó ventaja personal alguna. Es un ejemplo de probidad y de austeridad en su vida personal. Ahí está su forma de ser y de conducirse en todo: en su hogar, en el trabajo y en la cotidianidad. Su calidad de vida dependía de la paz interior, de su consistencia, de la satisfacción de cumplir con su deber, nunca de los símbolos externos, y menos de la frivolidad.

## LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE JORGE CARPIZO

Para el doctor Carpizo, la Universidad fue una pasión, un credo. Todo el tiempo, a partir de su ingreso a la Facultad de Derecho, pensó en ella. En sus propias palabras, señaló que al formar parte de la Universidad y a partir del contacto con sus maestros "...aprendí a entender y amar a la Universidad; porque en sus aulas empecé a comprender el profundo honor que es ser universitario; porque en sus cátedras se terminó de conformar mi ideología, enmarcada por el pensamiento social mexicano que proviene, entre otros, de Morelos, Otero, Ramírez, Arriaga, y de las tesis revolucionarias que se plasman en nuestra Constitución Política de 1917".

Él tenía muy claro el sentido y la importancia de la Universidad Nacional. Sabía que es un sitio para formar, para cuestionar, para indagar, para experimentar, para preservar y enriquecer las manifestaciones culturales más diversas, para servir y fortalecer la identidad de la nación. Entendía que solo se puede cumplir con la tarea si hay libertad, si se atajan los dogmatismos y las hegemonías ideológicas.

En su discurso de toma de posesión como rector, sostuvo con profunda convicción algunas de las tesis que lo guiaron como universitario en su rectorado, pero también antes y después del mismo. Él estaba convencido de que “La Universidad es parte de la conciencia crítica nacional, ejercida con la finalidad de continuar perfeccionando al país y alcanzar el México que todos queremos: mejor y más justo”.

A partir de ello, concluía que la casa de estudios no debía ser solo crítica, sino propositiva; que debía ofrecer soluciones a los grandes problemas nacionales; que se debía preocupar por la sociedad y “estar cerca del país, cada día más cerca”.

Jorge Carpizo entendió que la Universidad es al final de cuentas lo que los universitarios hacemos de ella y con ella cada día. Que en esa comunidad de maestros, estudiantes, investigadores, técnicos y trabajadores, todos tenemos una enorme responsabilidad que pasa por entender y descifrar paradojas importantes, como la de la excelencia y los grandes números; como la de la calidad y el compromiso con la sociedad; como la de dar vida a la universidad antigua y tradicional, además de asegurar viabilidad a la institución joven, cambiante, audaz y transformadora que requiere un país como el nuestro.

Fui testigo muy cercano del amor que profesaba por nuestra casa de estudios. Lo acompañé en su intento de mejorarla académicamente. Pude percatarme de que nunca puso nada por delante de los intereses de la Universidad de México, que su brújula fue siempre el beneficio de la Universidad, que nunca regateó tiempo, dedicación o inteligencia a la tarea universitaria en las distintas responsabilidades que asumió, y que los valores y principios universitarios le sirvieron y los aplicó en otros espacios y responsabilidades.

Una muestra adicional y concreta la recogió su testamento, que en su cláusula primera “instituye a la Universidad Nacional Autónoma de México como su legítima y universal heredera”. Además, con su generosidad bien reconocida, encontró la forma de cobijar a quien más le había servido a su digna colaboradora: doña María Quiterio Escorza.

Para el doctor Jorge Carpizo, ser universitario fue un privilegio y una vocación; aún más: fue su destino. Por eso en nuestra casa de estudios lamentamos profundamente su desaparición.



### CARPIZO Y SU CAMPECHE

Siento que el doctor Carpizo tuvo dos terruños. Campeche, lugar donde nació y vivió su infancia, su adolescencia y parte de su juventud, y la Universidad Nacional Autónoma de México, sitio de origen y desarrollo intelectual, donde aprendió y enseñó, donde investigó y se formó como persona, como profesional, como ciudadano y como servidor público ejemplar.

Para Jorge Carpizo, la UNAM y Campeche eran hogares donde se sentía a gusto, donde vivía a plenitud, donde permanentemente será recordado, y sus aportaciones, siempre valoradas. Campeche y la UNAM fueron invariablemente para él, punto de partida y de llegada, espacios para estar, pero señaladamente para ser, para desarrollar, para aportar.

Para Jorge Carpizo, como lo señaló en su discurso al recibir el doctorado Honoris Causa por la Universidad Autónoma de Campeche, ese terruño, el suyo, es "... el mar azul cielo que besa sus litorales, el olor y el sabor a sal de sus aguas espumosas... Campeche es sus selvas tropicales..., es el cielo que se viste de rojo... rojo que pinta el firmamento y las nubes de sangre".

Para él, Campeche era el Campeche liberal del siglo antepasado, el de la dignidad, aquel abierto a todas las ideas, pero comprometido con las progresistas; el Campeche culto, decía él, lleno de bibliotecas y de vida intelectual.

Jorge Carpizo recordó en esa intervención al Campeche del coro, al del teatro, al de la música romántica, pero también el Campeche de Justo Sierra Méndez, el de Pedro Sainz de Baranda y el de Rafael Dondé, el de sus maestros de primaria y el de sus mejores amigos de los estudios iniciales.

Él terminó en aquella ocasión diciendo: "Para mí, Campeche es... superación y esfuerzo personales... es compromiso social, generosidad y gratitud... Campeche es... antes que nada y sobre todas las cosas, el respeto a la dignidad humana".

### CARPIZO Y LA ABOGACÍA

Nuestro personaje fue un auténtico jurista. Entendía con claridad el papel de la abogacía y el papel de la justicia. Como hombre de leyes, como

encargado de la procuración de la justicia, como conocedor de la Constitución Política mexicana, sabía que es mucho lo que los profesionales del derecho pueden aportar para el desarrollo y el bien de México.

El doctor Jorge Carpizo entendía que en su ejercicio diario, el abogado interpreta la ley, la aplica o la utiliza adecuándola a las circunstancias. Pero sostenía y defendía que lo que no es interpretable es el sentido de las leyes. Que su aplicación en un país con las desigualdades sociales del nuestro implica una inmensa responsabilidad ética en el ejercicio profesional del abogado.

Creía que el abogado debe ser ejemplo para la sociedad. Ya como defensor, ya como procurador o fiscal, ya como juez, sabía que se trata de un personaje público, siempre bajo el escrutinio de la sociedad, de los medios de comunicación. Por eso pregonaba que los abogados en todas las ramas y disciplinas deben ser profesionales ejemplares. De ellos depende, sostenía, la percepción de justicia o injusticia entre la población.

De igual manera, aseguraba que los abogados pueden y deben ser agentes del cambio social. Recurro nuevamente a sus palabras, pronunciadas el 13 de julio de 1981, hace más de 31 años, en la celebración del Día del Abogado en Bellas Artes, siendo director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, cuando dijo a sus colegas:

... el papel del abogado en la sociedad y especialmente en la nuestra de hoy, se tiene que basar en su conocimiento de la realidad, en la posesión de elementos técnico-jurídicos, en su amor por la justicia y por la igualdad, en su sacerdocio por la libertad. Estos elementos nos auxiliarán para que continuemos todos construyendo el país que anhelamos, en el cual todo mexicano tenga educación, trabajo, vivienda, acceso a los bienes de la cultura, salud; en una frase: que todo mexicano lleve una vida realmente digna.

El pensamiento de Jorge Carpizo sigue vigente. Continuamos con los mismos anhelos de solucionar los mismos problemas. La concreción de los derechos sociales sigue siendo, desafortunadamente, todavía una aspiración para gran parte de la población de México

#### CARPIZO, EL CONSTITUCIONALISTA

En mi perspectiva, con su trabajo intelectual el doctor Jorge Carpizo hizo aportaciones importantes para su universidad, para la ciencia jurídica y

para reforzar el Estado de derecho y la democracia en México. Sus contribuciones prácticas y teóricas para la vigencia de los derechos humanos en el país son, sin duda alguna, dignas de resaltarse.

En un libro de homenaje al maestro Héctor Fix-Zamudio, publicado en 2007, el doctor Carpizo planteó algunas propuestas en torno a la idea de la reforma del Estado. Todas ellas reflejan su profundo interés por la justicia, la rendición de cuentas, los contrapesos entre los poderes de la República y la necesidad de fortalecer la vida democrática de México.<sup>21</sup>

Entre las reformas que a su juicio resultan necesarias incluyó la reelección de diputados y senadores con un límite; la ratificación por parte del Senado de los principales nombramientos del gabinete presidencial; la necesidad de establecer alguna fórmula contra la parálisis legislativa; la conveniencia de que la entidad de fiscalización de la Federación y el Ministerio Público se conviertan en órganos constitucionales autónomos, además de recomendar la inclusión en la Constitución Política de las figuras de iniciativa popular y del referendo.

En estas ideas veo tres preocupaciones principales: la conveniencia de contar con un sistema de contrapesos entre los poderes del Estado; la necesidad de consolidar nuestro régimen de transparencia y de rendición de cuentas, y la urgencia de asegurar una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones. Aspectos con los que, al parecer, todas las fuerzas políticas del país están de acuerdo. El asunto es cómo concretarlos, cómo hacerlos realidad.

Las propuestas antes mencionadas van de la mano con los cinco puntos que Carpizo utilizó en otro texto<sup>32</sup> escrito para analizar el constitucionalismo de América Latina. Estos puntos son: 1) que las elecciones sean libres, objetivas, equitativas y periódicas; 2) el respeto a los derechos humanos, primordialmente los de carácter civil y político; 3) la importancia de la oposición; 4) la desconcentración del poder y el equilibrio entre los órganos que lo ejercen, y 5) la calidad de vida de los habitantes, que tie-

<sup>2</sup> Carpizo, Jorge, “Propuestas de modificaciones constitucionales en el marco de la denominada Reforma del Estado”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. XI, Justicia, federalismo y derecho constitucional.

<sup>3</sup> Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovato, Daniel (coords.), *Tendencia del constitucionalismo en Iberoamérica*, [en línea]; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libros.htm?|=2701>.

ne que ver con la alimentación, la educación, la protección a la salud, el trabajo, la vivienda y el esparcimiento, entre otros.

Al respecto de los derechos que regulan la calidad de vida de los mexicanos, es necesario reconocer que en nuestro país es mucho lo que se ha avanzado en materia democrática; sin embargo, el cumplimiento de la aplicación de los derechos sociales constituye todavía uno de los retos más importante de nuestros días. Los derechos sociales están previstos desde la Constitución de 1917, y su cumplimiento debiera ser absolutamente obligatorio para el Estado. Lamentablemente, como ya se señaló, todavía estamos lejos de lograr que su ejercicio sea una realidad para todos los mexicanos.

Debo aclarar, sin embargo, que si bien estos derechos no son todavía una realidad para todos, sería un craso error sostener que no se han registrado avances. Es evidente lo mucho que la sociedad mexicana ha progresado en el último siglo. Que es amplio lo que se ha conseguido en la superación de los niveles de vida y en el bienestar de los mexicanos. Sin embargo, el doctor Carpizo sostenía, y yo coincidí con su punto de vista, que nos falta por avanzar todavía un trecho muy grande, además de que otros países, de condiciones parecidas o menores a las nuestras, lo están haciendo mejor.

#### ALGUNAS DE SUS APORTACIONES RECIENTES

En estos años en que he tenido la responsabilidad y la satisfacción de coordinar el trabajo de la UNAM, las iniciativas, el conocimiento y el empeño del doctor Carpizo fueron esenciales para organizar una serie de reuniones, de foros y espacios de discusión y análisis para la elaboración de propuestas sobre algunos de los principales problemas que aquejan al país.

Es así que él organizó la Conferencia Internacional sobre Seguridad y Justicia, de la cual resultó el documento *Elementos para la Construcción de una política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia*, que contiene 36 propuestas de solución en la materia, y que fuera presentado a los poderes del Estado, al titular del Poder Ejecutivo, a legisladores, a representantes del Poder Judicial de la Federación, a organizaciones sociales y a la sociedad en general.

Su participación fue también fundamental para que se realizara el Foro Internacional sobre Políticas de Regulación de Consumo de Dro-

gas, el pasado mes de abril, con la intervención de numerosos e importantes académicos y funcionarios mexicanos y de países de América y Europa, para analizar a fondo una problemática que afecta sobre todo a los jóvenes, y para generar propuestas de consenso que contribuyan a su solución.

### UNA ORACIÓN FÚNEBRE

Quiero repetir aquí algunos párrafos de la intervención que tuve en el homenaje luctuoso que la Universidad Nacional le rindió al día siguiente de su penoso fallecimiento.

A la familia del doctor Carpizo, a sus amigos y compañeros de aventura, para todos nosotros, mis sentimientos de profunda solidaridad. La tranquilidad me alcanza cuando pienso en lo que hizo y en lo que creyó. La angustia me inunda cuando comprendo que no lo veré ya nunca más. Sus enseñanzas y su fortaleza me cobijan, su pérdida me abruma y me conmociona.

¿Qué vamos a hacer sin sus consejos y sin sus propuestas? ¿Qué vamos a hacer sin su lucidez y determinación? ¿Qué falta nos genera su partida anticipada! ¿Por qué tenía que pasar? ¿Por qué teníamos que perderlo de forma tan prematura? No estábamos preparados para ello. No es posible alcanzar la resignación que reclama nuestra aflicción.

Para concluir, quiero recordar la frase de Don Alfonso Reyes pronunciada en la despedida luctuosa del maestro Antonio Caso: “Ha de pasar mucho tiempo para que el polvo se organice en otra estructura de igual excelitud y fineza”. Para Jorge Carpizo, universitario magnífico, nuestro recuerdo permanente y el reconocimiento invariable a su obra, a su ejemplo, a su lucha de siempre en favor de la dignidad humana.

Jorge Carpizo no dejaba nada a la improvisación. En su vida pública, pero también en la privada, planeaba con detalle cada uno de sus actos. Lo mismo si se trataba de su agenda profesional, que de un viaje de placer. Por eso no resulta extraño que hubiera dejado un mensaje póstumo que su familia decidió dar a conocer. La recojo textualmente tal y como se publicó:

Jorge Carpizo

Con alegría de haber existido durante 68 años, me despidió de mis familiares y amigos.

Traté de vivir lo mejor que pude dentro de mis circunstancias, y de servir con devoción a México y a su Universidad Nacional.

En los cargos que ocupé siempre rendí informes públicos, presenté evaluaciones y dejé constancia de lo realizado en múltiples libros y artículos. El mejor homenaje que puedo recibir consiste en que se lean y reflexionen.

Nunca menté ni cometí delito alguno. Cumpí con mis responsabilidades al máximo de mi capacidad y voluntad.

En mis libros y artículos, tanto los académicos como los testimoniales, dejo constancia del país que me tocó vivir, servir, gozar y sufrir.

Mil y mil gracias a aquellos que colaboraron lealmente conmigo y con los valores que rigieron todas mis actividades.

Me voy amando, con todas mis fuerzas, convicciones y emociones, a nuestro gran país y a su, y mía también, Universidad Nacional.

La vida de Jorge Carpizo es una que merece ser imitada. Su amor a México y a su Universidad Nacional son ejemplares. Su compromiso con la verdad, con el estado de derecho, con la defensa de los derechos humanos y con el resguardo de principios laicos fundamentales, es encomiable. Las instituciones a las que sirvió tienen una deuda con él, por la entrega y los alcances de sus aportaciones. Lo que hizo por nuestras comunidades le dio brillo y dignidad. Para Jorge Carpizo, un recuerdo permanente y un agradecimiento invariable. Su vida y su obra forman parte del patrimonio de nuestra sociedad.

## INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. ALGUNAS ALTERNATIVAS TEÓRICAS Y UNA PROPUESTA\*

Josep AGUILÓ REGLA\*\*

SUMARIO: I. *Introducción: alusiones, elusiones y un plan de trabajo.* II. *¿Qué significa tal artículo de la Constitución?* III. *¿Cómo se justifica una interpretación, una asignación de significado a un texto de la Constitución?* IV. *¿Cómo se hace hablar a la Constitución con una sola voz?* V. *¿Cómo concebimos (o definimos) la constitución del Estado constitucional?* VI. *Conclusiones*

### I. INTRODUCCIÓN: ALUSIONES, ELUSIONES Y UN PLAN DE TRABAJO

Empecemos acotando el tema de este trabajo. Lo que aquí se va a decir queda circunscrito a la interpretación jurídica que toma como objeto de interpretación a la Constitución, especialmente la parte dogmática. Quedan fuera de estudio, por tanto, los usos de la expresión “interpretación constitucional” que no entrañan eso, o que van más allá. Por ejemplo, a veces se habla de “«interpretación constitucional» de la ley” para aludir a la interpretación de la ley conforme a la Constitución. Por tanto, el tema de la “interpretación constitucional”, circunscrito a la interpretación jurídica de la Constitución, es bastante más específico que el de la “interpretación jurídica en el Estado constitucional”.

La noción de “interpretación constitucional” es compleja y problemática. Para mostrarlo tal vez sea suficiente con señalar que cada uno

\* Este texto reproduce con pequeñas modificaciones la ponencia presentada en el “VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional” (en la Mesa 3 titulada “Interpretación constitucional”), con motivo de la celebración de los “20 años de la Constitución Política de Colombia de 1991” y titulado “Diálogos con el mundo”. El evento tuvo lugar en Bogotá los días 10, 11 y 12 de octubre de 2011. El trabajo ha sido publicado originalmente en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012, pp. 235-258.

\*\* Universidad de Alicante.

de los conceptos que forman la expresión, tomados por separado, “interpretación” y “Constitución”, resultan ya altamente controvertidos. Empecemos por “interpretación” y circunscribámoslo exclusivamente a la interpretación jurídica. La noción de “interpretación jurídica” puede problematizarse, por ejemplo, a partir de los siguientes elementos:

- a) Los “objetos” de la interpretación (¿qué es susceptible de ser interpretado? ¿Se interpretan textos o normas, textos o prácticas, o textos a la luz de prácticas? ¿Se interpretan acciones? ¿Y acciones institucionales?).
- b) Los “sujetos” de la interpretación (¿quiénes interpretan? ¿Qué relación hay entre la interpretación de un dogmático del derecho y la de un juez? ¿Se trata de la misma operación? ¿Tiene sentido hablar de interpretación auténtica? etcétera).
- c) La “actividad” en que consiste la interpretación (¿qué operaciones incluye? ¿Interpretar es describir un significado o modificar un significado? ¿Tiene “naturaleza” descriptiva, adscriptiva o prescriptiva? ¿Se interpreta siempre que se aplica el derecho?).
- d) La “oportunidad” de la interpretación (¿cuándo se interpreta y cuándo estamos ante un problema de interpretación? ¿Los problemas de calificación son siempre problemas de interpretación? ¿Cuál es la relación entre lagunas jurídicas e interpretación?).
- e) El “resultado” de la interpretación (¿cuáles son sus productos? ¿Normas o enunciados interpretativos? ¿Qué relación hay entre ficciones e interpretación? Y formulado en términos un tanto paradójicos ¿cuándo el resultado de una interpretación excede los límites de la interpretación?).
- f) La “calidad” de una interpretación (¿cómo evaluamos una interpretación? ¿Cuándo una interpretación es correcta y/o está justificada?). Todas estas preguntas, y muchas otras que se han quedado en el tintero, ilustran bien el carácter problemático de la noción de “interpretación jurídica”.<sup>1</sup> Como es obvio, aquí no voy siquiera a intentar esbozar un principio de respuesta.

La noción de “Constitución” no se queda atrás en problematicidad teórica. Para ilustrarlo basta con señalar la discusión que, en las últimas décadas, se ha generado a propósito de, por un lado, la constitucionalización de los

<sup>1</sup> Cfr: Lifante Vidal, Isabel, “Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica”, en *id.* (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Palestra, 2010, pp. 37-65.



órdenes jurídicos como cuestión de hecho<sup>2</sup> y, por otro, el constitucionalismo como cuestión de teoría jurídica.<sup>3</sup> Piénsese, por ejemplo, en preguntas tales como las siguientes: ¿Qué concepto de Constitución asumimos cuando hablamos de interpretación constitucional? ¿Un concepto meramente formal? ¿Hay Constituciones formales que no son Constituciones en el sentido del Estado constitucional? ¿Cuál es la relación entre Constitución y orden jurídico? ¿Hay una conexión externa (la Constitución es solo un límite al orden jurídico) o interna (el orden jurídico es un desarrollo de principios constitucionales)? ¿Qué relación hay entre el Estado de derecho (como imperio de la ley) y el Estado constitucional? ¿Implica el Estado constitucional y/o el constitucionalismo jurídico un cambio de paradigma en relación con el imperio de la ley? ¿Qué relación hay entre propiedades de las Constituciones y concepciones constitucionales? Nuevamente, desarrollar todas estas preguntas —y muchas otras conectadas con ellas— desborda por completo los límites de este trabajo.

Ante tal cúmulo de preguntas ¿cómo proceder? En realidad, la *alusión* a tantos problemas no es más que el recurso a un tópico —el de la inabarcabilidad del territorio— con la finalidad de hacerme perdonar la *elusión* con que voy a proceder a continuación. En esta ponencia me propongo simplemente decir algunas cosas sobre la “interpretación constitucional”, que espero resulten significativas, aun a sabiendas de lo mucho que se dejará fuera. El plan de trabajo es el siguiente. Trataré de realizar una aproximación a “interpretación constitucional” por la vía de analizar y/o responder una “selección” de preguntas:

- 1) ¿Qué significa tal artículo de la Constitución?
- 2) ¿Cómo se justifica una interpretación, una asignación de significado a un texto de la Constitución?

<sup>2</sup> En mi opinión, la mejor y más clara caracterización del proceso de constitucionalización de un ordenamiento jurídico se encuentra en Guastini, Riccardo, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Turín, Giappichelli, 2006, pp. 239 y ss.

<sup>3</sup> Dos temas han acaparado la discusión en teoría del derecho en las últimas décadas. El primero de estos temas ha sido el de la vigencia y/o la superación del positivismo jurídico. Uno de los resultados producidos por esta discusión ha sido el desplazamiento de la tradicional contraposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo por la más vigente que opone los autores (teorías) positivistas a los autores (teorías) pospositivistas. El segundo tema, no del todo independiente del anterior, ha sido el del (mal) llamado (neo-)constitucionalismo o *constitucionalismo jurídico*. La discusión ha versado sobre el tránsito del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho, y ha girado en torno a, por un lado, cuestiones de justificación y, por otro, cuestiones metodológicas (si dicha transición implica o no un cambio de paradigma jurídico).

- 3) ¿Cómo se hace hablar a la Constitución con una sola voz?
- 4) ¿Cómo concebimos (o definimos) la Constitución del Estado constitucional?

Si todo sale según lo previsto, la respuesta a cada una de estas preguntas tiene que permitir mostrar algunas alternativas teóricas, y la sucesión de respuestas tiene que servir para perfilar, aunque sea a grandes rasgos, una propuesta a propósito de aquello que nos reúne hoy aquí: la interpretación constitucional.

## II. ¿QUÉ SIGNIFICA TAL ARTÍCULO DE LA CONSTITUCIÓN?

Preguntar por el significado de un artículo de la Constitución pide una respuesta que cae de lleno en la zona de claridad de la noción de “interpretación constitucional”. Tiene la ventaja de que, así formulada, permite eliminar algunas complicaciones: se pregunta por el significado de un texto (el objeto de la interpretación es un texto) que se halla bien recortado (formalmente bien delimitado), un artículo. Hecha esta delimitación, puede presentarse la interpretación como una estructura que correlaciona tres enunciados diferentes: un “enunciado a interpretar”, un “enunciado interpretativo” y un “enunciado interpretado”.<sup>4</sup> La conexión entre estos tres enunciados vendrá dada por la presencia de un “problema interpretativo”. Mostremos esta estructura tomando como ejemplo el artículo 31.1 de la Constitución Española (en adelante CE).

|                          |                                                                                                                                          |
|--------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Enunciado a interpretar  | “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio”                                                                              |
| Problema interpretativo  | ¿Excluye el artículo 31.1 el matrimonio entre personas del mismo sexo?                                                                   |
| Enunciado interpretativo | “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio”, en el artículo 31.1, no significa que solo ellos pueden contraerlo entre sí |
| Enunciado interpretado   | “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio entre sí, lo cual no excluye el matrimonio entre personas del mismo sexo”     |

<sup>4</sup> En el desarrollo de este epígrafe tengo muy en cuenta a Atienza, Manuel, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2010, pp. 21-24; que, a su vez, se inspira en Guastini, Riccardo, *Distingueno*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 160 y ss.

Esta interpretación del artículo 31.1 es la que, más o menos, hizo el legislador español. La cuestión está recurrida ante el Tribunal Constitucional y, obviamente, este último tiene “poder” para hacer una interpretación alternativa. Por ejemplo, su enunciado interpretativo podría ser este: “«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio» significa que solo ellos pueden contraerlo entre sí”. En mi opinión, esta interpretación sería una “invención” injustificada del Tribunal, pero eso no es lo relevante ahora. Lo importante es darse cuenta de que ambos enunciados interpretativos tienen la misma estructura: usan ciertas palabras para atribuir significado a otras palabras que solo mencionan. Esta estructura es propia de las definiciones. El término “T” significa el significado S, es decir:

“T” significa S

Siguiendo a Guastini y a Atienza puede trazarse un paralelismo entre “definir” e “interpretar”<sup>5</sup> de forma que queden relacionados los distintos tipos de definiciones con las diferentes concepciones de la interpretación. Es decir, puede establecerse una correspondencia entre definiciones lexicográficas, estipulativas y redefiniciones, por un lado, y concepciones cognitivistas, escépticas y mixtas de la interpretación,<sup>6</sup> por otro. El siguiente cuadro muestra un resumen de dicha correspondencia.

| Definición                                                                                                                                                                                                  | Interpretación                                                                                                                                                                              |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Lexicográfica: Definir es describir el significado con el que una comunidad lingüística usa una palabra.<br>Una definición puede ser verdadera o falsa.<br>Definir es una actividad de naturaleza cognitiva | Concepciones cognitivistas: Interpretar es averiguar el significado de un texto.<br>Una interpretación puede ser verdadera o falsa.<br>Interpretar es una actividad de naturaleza cognitiva |

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

<sup>6</sup> Escribe Guastini: “Se discute (desde siempre) en la doctrina cuál es el estatuto lógico de la interpretación... Se trata de saber si la interpretación (judicial) es un acto de conocimiento (esta es la tesis de las diversas teorías “cognoscitivistas”) o por el contrario un acto de voluntad (esta es la tesis de las teorías escépticas)”, en Guastini, Riccardo, “Teoria e ideologia dell’interpretazione costituzionale”, en *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Turín, Giapichelli, p. 117. A partir de ahí, ilustra la distinción aludiendo a tres grandes teorías: a) la teoría de la interpretación de la ilustración (cognitivista); b) el neo-cognitismo contemporáneo (mixta), y c) el escépticismo realista (escéptica).

|                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Estipulativa: Definir es crear/asignar un significado a una expresión.<br>No puede ser verdadera ni falsa.<br>Es una actividad esencialmente volitiva                                                                                                         | Concepciones escépticas: Interpretar es crear/decidir el significado de un texto.<br>No pueden ser verdaderas ni falsas.<br>Es una actividad volitiva                                                      |
| Redefinición: Definir es adaptar un significado obtenido cognitivamente para alcanzar ciertos fines de claridad.<br>Está a caballo entre los otros dos tipos anteriores de definiciones.<br>Es una actividad que tiene un tramo cognitivo y un tramo volitivo | Concepciones mixtas: Interpretar es elegir entre los diferentes significados convencionalmente posibles.<br>Interpretar es una actividad de naturaleza mixta, tiene un tramo cognitivo y un tramo volitivo |

No hace falta detenerse a explicar el cuadro, pues resulta —creo— suficientemente pregnante. Sí quiero, sin embargo, mostrar un límite fuerte a la comparación entre “definición” e “interpretación” tal como aquí se ha presentado. El cuadro no es del todo homogéneo porque a la izquierda lo que hay son tres *conceptos* diferentes de “definición”; mientras que a la derecha lo que hay son tres *concepciones* diferentes de la interpretación jurídica. En este sentido, los tres conceptos de definición no compiten entre sí y nadie se ve compelido a construir una concepción de las definiciones que fuerce a elegir uno de los conceptos y a descartar los otros dos. Todo el mundo maneja los tres conceptos de definición y los usa en función de los contextos, las finalidades, los tipos de discursos, etcétera. Por el contrario, las concepciones de la interpretación jurídica sí se presentan a sí mismas como competitivas entre sí; aceptar, por ejemplo, la concepción cognitiva de la interpretación jurídica supone rechazar las otras dos.

Sea como fuere, lo anterior nos ha permitido asentar la idea de que interpretar es asignar un significado a un texto jurídico, en nuestro caso a un artículo de la Constitución. Es evidente, sin embargo, que ello no nos resuelve demasiado. Avancemos, por tanto, hacia la siguiente pregunta.

### III. ¿CÓMO SE JUSTIFICA UNA INTERPRETACIÓN, UNA ASIGNACIÓN DE SIGNIFICADO A UN TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN?

No hay gran diferencia entre hablar de criterios interpretativos y argumentos en favor de una interpretación. Los primeros ponen el acento en lo que es la guía de la interpretación, es decir, en la actividad de interpretar y, por tanto, parecen operar *ex ante*; mientras que los segundos, lo ponen

en la justificación de la interpretación y, por tanto, parecen operar *ex post*. Por ejemplo, la “literalidad”, vista como criterio interpretativo, invita a la restricción en la actividad interpretativa; pero vista como un argumento, permite justificar y/o criticar ciertas interpretaciones ya realizadas. En este sentido, puede decirse que lo que opera *ex ante* como un criterio interpretativo correcto, opera *ex post* como un argumento interpretativo válido. Y, obviamente, si las cosas son de este modo, es perfectamente posible que en determinadas circunstancias haya criterios antinómicos entre sí (que apunten a resultados incompatibles) que posteriormente operarán como razones opuestas, en favor y en contra, de una determinada interpretación. Tener esto claro es muy importante para no incurrir en los mismos errores que cometió la teoría “estándar” de la interpretación jurídica debido a sus pulsiones formalistas.<sup>7</sup>

La Constitución es un texto jurídico y como tal le son aplicables “todos” los criterios y/o argumentos jurídicos que pueden utilizarse para atribuir y/o justificar significados a los textos jurídicos. Naturalmente aquí no voy a ocuparme de todos ellos.<sup>8</sup> Sí me interesa centrarme en dos rasgos que

<sup>7</sup> Como plenamente representativo de esta teoría estándar de la interpretación considérese el siguiente párrafo de Lumia: “La interpretación jurídica consiste en el reconocimiento del significado de la norma... Un primer instrumento de la interpretación está constituido, por tanto, por el instrumento literal (o textual), esto es, por el llamado ‘tenor’ de la norma, aunque éste no siempre desemboca en resultados unívocos acerca del significado de la misma... Es evidente que la cuestión no podrá decidirse sin investigar el objetivo (o *ratio*) de la norma, es decir, el fin respecto del que la norma tiene un valor instrumental; el elemento literal ha de integrarse, pues, con el teleológico... el ordenamiento jurídico no resulta de una simple yuxtaposición de normas, sino que constituye un sistema en el que cada norma recibe todo su significado de su relación con las demás normas, a cuya luz, por tanto, ha de ser interpretada; al instrumento teleológico se añade, por tanto, el instrumento sistemático... La verdad es que el legislador cuya voluntad debe ser investigada no es solo la del legislador originario que puso la norma, sino la del legislador actual que, aún pudiendo derogarla, la mantiene... de ahí por qué el intérprete no puede olvidar la dinámica del sistema, esto es, el elemento histórico-evolutivo. Conviene subrayar que el elemento textual, el teleológico, el sistemático y el histórico-evolutivo no desembocan en diversos tipos de interpretación, sino que constituyen los momentos necesarios por los que debe pasar todo acto de interpretación”, en Lumia, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, pp. 71 y 72.

<sup>8</sup> En otro lugar he escrito a propósito del método jurídico y de la interpretación: “... todo se ve más claro si uno se aproxima al método jurídico no como un método para hallar o descubrir soluciones, sino más bien como un método para justificar soluciones; si uno se plantea la cuestión como lo hace la teoría contemporánea de la argumentación jurídica, donde el problema no es ya el de cómo hallar la solución, sino el de cómo justificar, dar razones a favor de, la solución propuesta. Así, volviendo

presentan los textos constitucionales, sobre todo en su parte dogmática, y que pueden justificar una cierta especificidad interpretativa de las Constituciones en relación con la interpretación de las leyes. El primer rasgo es el de la rigidez de los textos constitucionales frente a la flexibilidad de los textos legales. El segundo rasgo tiene que ver con la sobreabundancia de conceptos valorativos y de principios en los textos constitucionales. Esto último hace que, en general, la regulación constitucional sea mucho más abierta que la de las leyes. No hay que olvidar que el ideal regulativo del “imperio de la ley” implica una regulación cerrada que excluya la deliberación por parte del aplicador.<sup>9</sup> De ahora en adelante, me referiré a estos dos rasgos de las Constituciones como la *propiedad de la rigidez* y la *propiedad de la apertura regulativa*, respectivamente. Quede claro, ambas propiedades son *graduables* y *relativas*. Por rigidez se entiende dificultad para el cambio del texto constitucional. Se trata de una propiedad graduable porque una Constitución es más rígida cuantas más exigencias se interponen para la modificación del texto constitucional. El nivel máximo de rigidez lo representan las cláusulas pétreas o de intangibilidad y el

sobre el ejemplo de la interpretación y mirándolo desde esta perspectiva, los llamados momentos de la interpretación jurídica dejan de ser procedimientos para hallar la ‘interpretación correcta’ para pasar a ser esquemas de argumentos susceptibles de ser utilizados a favor de la interpretación considerada correcta. En definitiva, lo que quiero resaltar es la idea de que el problema del método jurídico no es el de hallar en las normas generales las soluciones correctas a los casos particulares, sino el de justificar soluciones particulares usando normas generales. Si se miran así las cosas y se admite que, en general, puede decirse que justificar es apelar a la razón en busca de aceptación de una tesis, entonces resulta fácil entender por qué el llamado en términos teóricos ‘problema del método jurídico’ no es otro que el de la racionalidad de las soluciones jurídicas”, en Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 129.

<sup>9</sup> Conforme al ideal regulativo propio del “imperio de la ley”, el modelo adecuado para explicar (o dar cuenta de) la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas; entendiendo por reglas normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. Este ideal regulativo apela a normas generales y cerradas cuya aplicación no exige (más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración. Las normas abiertas, desde este ideal regulativo, son imperfecciones en la regulación cuya presencia en el sistema jurídico puede ser el resultado bien de una deficiente técnica legislativa (de un error), bien de una pura delegación de poder normativo de los órganos creadores de normas (básicamente el legislador) hacia los órganos de aplicación (los jueces y los órganos administrativos). Las normas abiertas, conforme a este modelo, al exigir deliberación por parte de los destinatarios de las mismas, suponen siempre una desviación respecto del ideal de la certeza jurídica, de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas.

nivel mínimo las mayorías similares a las de la legislación ordinaria.<sup>10</sup> Y es también una propiedad relativa no solo porque cada Constitución es diferente en este sentido, sino también porque la rigidez puede variar en relación con diferentes partes de una misma Constitución. Por apertura regulativa se entiende el grado de deliberación “valorativa” que exige la aplicación de una norma. Se trata de una propiedad graduable, donde el nivel 0 lo representan aquellas normas cerradas cuya aplicación excluye la deliberación, y el nivel máximo aquellas otras cuya aplicación exige siempre (y en todo caso) deliberación. De la gradualidad se sigue que una norma puede ser más abierta que otra. El artículo 15 de la CE<sup>11</sup> ofrece un bonito ejemplo al respecto ya que prohíbe, en este orden, la “tortura”, las “penas y tratos inhumanos y degradantes” y la “pena de muerte”. El orden de más cerrada a más abierta es —parece claro— el siguiente: la prohibición de la “pena de muerte”, la de la “tortura” y la de las “penas y tratos inhumanos y degradantes”. Pasemos a explicar cómo estas propiedades de las Constituciones, la rigidez y la apertura regulativa, pueden traducirse en peculiaridades de la interpretación constitucional respecto de la interpretación de las leyes.

### 1. *Sobre la rigidez. De las palabras de los muertos y las interpretaciones de los vivos*

Tanto la ley como la Constitución son fuentes-acto, es decir, son disposiciones generales promulgadas por una autoridad.<sup>12</sup> Ahora bien, la Constitución juega un papel de conservación y orientación del sistema en su

<sup>10</sup> La rigidez efectiva de una Constitución depende de una combinación de exigencias jurídico-formales y de circunstancias políticas. Entre las primeras destacan factores como los siguientes: *a*) el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir; *b*) el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma, y *c*) la exigencia de la participación popular. Pero la rigidez efectiva depende también del contexto político, histórico, social. Como variables relevantes pueden mencionarse, por ejemplo, el sistema de partidos políticos (cuanto más disciplinados sean los partidos y más arraigada esté la cultura de coalición, tanto más fácil será reformar una Constitución), el papel simbólico que desempeña la Constitución en una sociedad, el papel que juegan las tradiciones políticas, etcétera. Sobre ello Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 29 y ss.

<sup>11</sup> Artículo 15. CE. “Todos tienen derecho a la vida y la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

<sup>12</sup> Para una conceptualización completa de las fuentes-acto, véase Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.

conjunto que la legislación no está llamada a jugar. En este sentido, es común decir, por un lado, que hay una cierta contradicción entre la idea de Constitución y la de su constante modificación<sup>13</sup> y, por otro, que la ley es el instrumento de cambio jurídico por excelencia. Es más, si bien se considera, la oposición entre “forma constitucional” y “forma legal” se inventa precisamente para dotar de la mayor estabilidad posible a ciertas normas llamadas a operar como normas fundamentales dentro de un sistema jurídico-político.<sup>14</sup> En este sentido, la forma constitucional expresa tendencialmente el consenso (lo unánime, lo fundamental, lo estático, lo inmodificable); mientras que la forma legal, expresa tendencialmente el conflicto (lo mayoritario, lo fundamentado, lo dinámico, lo modificable). Conforme a esta dialéctica entre lo fundamental y lo fundamentado, la rigidez constitucional parece estar plenamente justificada frente a la flexibilidad de la legislación. Pero vista en términos diacrónicos, la rigidez constitucional nos enfrenta a un problema de racionalidad que no nos plantea la flexibilidad de la legislación.

No se trata solo de la tan discutida “objeción contramayoritaria” en términos democráticos, sino también de la cuestión de la racionalidad de una acción cuyo sentido es la mera sumisión al pasado. En efecto, la acción meramente tradicional, la acción cuyo sentido es la mera obediencia al pasado, es acción irracional.<sup>15</sup> La rigidez constitucional nos enfrenta directamente con el problema de la relación entre los muertos y los vivos; pues, el sentido del *lex superior* constitucional es precisamente “bloquear”, “inhibir”, “dificultar” (dependiendo del grado) el *lex posterior* legislativo en relación con ciertas materias. Por eso, la rigidez de una Constitución regulativa parece enredar al constitucionalismo en una suerte de dilema.

<sup>13</sup> A propósito de esto último, y teniendo en cuenta que lo que nos reúne aquí es la celebración del aniversario de la Constitución de Colombia, es oportuno decir que 30 enmiendas en 20 años tiene algo de excesivo.

<sup>14</sup> Escribe Kelsen: “... Esta regla sobre la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación forma la Constitución en sentido propio, originario y estricto de la palabra. Es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la comunidad estatal... De ahí surge la *idea de asegurar* a la Constitución la mayor estabilidad posible, diferenciando las normas constitucionales de las normas legales y sometiendo la revisión de las primeras a un procedimiento especial, que contemple condiciones más difíciles de reunir. Aparece así la distinción entre la forma constitucional y la *forma legal ordinaria*”. Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, en Kelsen, H., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 114 y 115.

<sup>15</sup> Weber, M., *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 20.



Por un lado, si una Constitución es rígida, se somete a los vivos a la voluntad de los muertos. Pero, por otro lado, si una Constitución no es rígida, es decir, si los derechos no están sustraídos al juego de las mayorías, entonces —suele decirse— los derechos no están garantizados, es decir, “no hay Constitución”. Por ello, en mi opinión, la síntesis armónica entre “los muertos” y “los vivos” desborda en gran medida la noción de sistema jurídico y solo puede expresarse mediante nociones un tanto inestables y dialécticas como la de, por ejemplo, *continuidad de una práctica constitucional* que permite, por un lado, dar cuenta del aspecto ideal del constitucionalismo y, por otro, eliminar los términos indeseables tanto de puro *sometimiento al pasado* como de *ausencia de garantía de los derechos* (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos).

¿Cómo afecta todo ello a la interpretación de la Constitución en relación con la interpretación de la ley? En mi opinión, de manera clara. Para explicarlo retomaré la vieja tensión entre autoridad y valor (o justicia) en la consideración de las normas jurídicas. Tanto la Constitución como la ley son —ya lo he dicho— fuentes-acto (es decir, disposiciones, normas generales dictadas por una autoridad); sin embargo, en la interpretación de las normas constitucionales el componente autoritativo pierde mucha importancia en beneficio del componente valorativo; mientras que en la interpretación de la ley ese desplazamiento no se produce con tanta intensidad ni con tanta claridad. La interpretación de la Constitución es mucho más dependiente de principios y valores que la interpretación de la ley y, en consecuencia, la interpretación literal y la intencionalista juegan mucho más papel en la interpretación de la ley que en la de la Constitución.

En la Constitución, los muertos ponen las palabras y los vivos las interpretan a la luz de los valores que hacen que esas palabras sigan teniendo sentido para ellos; en la legislación, todos están “vivos”: tanto la autoridad que pone las palabras como aquellos que ponen los valores que las dotan de sentido.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> La metáfora de los “vivos” y de los “muertos” puede resultar ambigua. Cuando se usa en términos constitucionales alude no solo al mero paso del tiempo, pues es evidente que es perfectamente posible que una ley sea mucho más “vieja” (tenga más años) que la Constitución. La diferencia es que el paso del tiempo en la ley es consentido en términos democráticos por los vivos, pues siempre tienen a su alcance la modificación de la misma. Eso es precisamente lo que trata de excluir la rigidez constitucional haciendo la modificación de la Constitución altamente improbable o incluso imposible.

El principio de la división de poderes no opera entre los muertos y los vivos, sino solo entre los vivos.<sup>17</sup> Que los jueces muestren “deferencia” interpretativa al legislador tiene pleno sentido; que lo hagan con el constituyente, no.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> En mi opinión, el problema de la “tiranía de los del pasado” es irresoluble en la medida en que uno se aproxime a la Constitución formal o rígida como un documento regulativo y autoritativo que trata de resolver *ex ante* todos los problemas jurídico-políticos que puedan plantearse. Es decir, si uno acepta el proceso constituyente como un proceso de *imposición que cierra la deliberación*, entonces la ilegitimidad de la forma constitucional me parece palmaria e irresoluble. Ahora bien, si uno ve el proceso constituyente como el origen de una práctica constitucional orientada por principios y valores, tal conclusión ya no es obvia. Ello es así porque la acción social orientada por principios y valores aceptados es una acción orientada hacia el futuro; y, en este sentido, la acción política de las generaciones constituidas puede ser una acción perfectamente racional; no tiene por qué ser una acción simplemente anclada en (o motivada por) la mera obediencia al pasado. Para que ello pueda ser así, las generaciones que actúan bajo una Constitución tienen que ver el proceso constituyente (y en consecuencia aceptarlo) como un proceso guiado por la aceptación de ciertos principios y valores, y, así, poder entender su propia práctica constitucional como guiada también por esos mismos principios y valores. Ello, en mi opinión, es fundamental para poder afirmar —en frase que ha hecho fortuna— que “la Constitución pertenece a las generaciones vivas”. Esta es la razón por la que hay que insistir en la idea de que los constituyentes “reconocen” valores, no los constituyen. Lo fundamental para la estabilidad de una práctica constitucional es que las generaciones vivas se “reconozcan” en esos mismos valores aunque sin duda es posible que los “teoricen” de maneras distintas a como los hubieran teorizado los “padres fundadores”. Lo que dota de continuidad a una Constitución es la orientación, no precisamente todos sus contenidos concretos. En la medida en que las generaciones vivas “reconozcan” también los valores incorporados a la constitución (aunque —repite— tal vez los teoricen de maneras diferentes) la estabilidad de ella está, me parece, garantizada. La clave de la continuidad constitucional está en poder interpretar la acción de los constituyentes como orientada por el reconocimiento de principios y valores y la acción de los constituidos como orientada también por el reconocimiento de esos mismos principios y valores. *Cfr.* Aguiló Regla, J., *Sobre la constitución del Estado Constitucional*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004, pp. 124 y ss.; *id.*, “‘Tener una Constitución’, ‘darse una Constitución’ y ‘vivir en Constitución’”, *Isonomía. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 28, 2008, pp. 67-86.

<sup>18</sup> En “Autoridades y personas”, Marmor se formulaba la siguiente pregunta “¿es posible atribuir autoridad jurídica a una norma si su autoridad no se deriva de la autoridad de quien ha dictado esa norma?”. Él básicamente respondía que no, pero en su argumentario, como buen británico, solo tomaba como referencia al legislador [Marmor, Andrei: “Autoridades y personas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, 1995, pp. 303]. La tesis de la diferencia interpretativa aquí sostenida podría formularse de la siguiente manera: Mientras que es cierto que la autoridad de una ley deriva de la autoridad del legislador, la autoridad de una Constitución no deriva de la autoridad del constituyente.

Esta *tesis de la diferencia* interpretativa entre Constitución y ley a propósito de la cuestión de la rigidez no es unánimemente compartida. Ferrajoli y Dworkin vendrían a representar posturas incompatibles con ella aunque desde extremos opuestos. La concepción de Ferrajoli<sup>19</sup> podría formularse más o menos así: el derecho tiene una naturaleza autoritativa y tanto la Constitución como la ley son fuentes-acto, es decir, disposiciones generales, textos normativos provenientes de una autoridad. Es más, la Constitución solo tiene sentido desde el constituyente.<sup>20</sup> En la edicción de normas —sean legales o constitucionales— rige el principio *voluntas, non veritas, facit legem*. El modelo justificado/racional de interpretación es el vinculado al “imperio de la ley” y lo que hay que hacer es trasladarlo a la interpretación de la Constitución. En la aplicación del derecho —y, por tanto también, en la interpretación— rige el principio *veritas, non voluntas, facit legem*. La rigidez implica ciertamente una relación sistemática de jerarquía que puede llevar a denunciar las lagunas legislativas y las antinomias que generan las leyes inconstitucionales, pero no afecta para nada a la interpretación de la Constitución; es decir, a la atribución de significados a los textos constitucionales. En este sentido, la rigidez no implica peculiaridad interpretativa: no hay diferencia porque el modelo prescriptivo de interpretación para la legislación se extiende a la Constitución.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> En un texto reciente, Ferrajoli ha ofrecido un resumen, por un lado, de sus tesis sobre el constitucionalismo garantista (el constitucionalismo justificado) y, por otro, de sus diferencias con lo que él llama el “constitucionalismo principialista”: Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, trad. de N. Guzmán, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 15 y ss.

<sup>20</sup> “El decimocuarto postulado [del positivismo jurídico] excluye que puedan ser constituyentes figuras consistentes en expectativas o en no permisiones positivas o negativas. Se deducirá... que ‘constituyente’ no puede ser ni un derecho, ni una obligación ni una prohibición, sólo un poder y, precisamente, aquella específica facultad que llamaremos ‘poder constituyente’... ‘Todos los derechos en efecto, incluidos los fundamentales, consisten en expectativas... constituidas’”, en Ferrajoli, L., *Principia iuris. I. Teoría del diritto*, E. Laterza, 2007, pp. 100 y 101 (la traducción es mía).

<sup>21</sup> Bien mirado, la propuesta de Ferrajoli consiste en trasladar la noción de “estricta legalidad” del garantismo penal (*cf.* Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Barcelona, Trotta) a la de estricta constitucionalidad en el constitucionalismo garantista. En esta asimilación entre legislación y constitución Ferrajoli llega a escribir: “Por otro lado, debemos darnos cuenta de que la oscuridad, la vaguedad y la indeterminación del lenguaje legal, aun cuando en alguna medida ineliminables, no son simples defectos de la legislación. Son un vicio jurídico de ésta, porque violan los principios de la separación de los poderes y de la sujeción de los jueces a la ley, y, por ello, comprometen el mantenimiento del edificio del estado de derecho en su totalidad. Por eso, la ciencia jurídica debería hoy retomar el programa ilustrado de

Dworkin —o, mejor, una cierta lectura de la obra de Dworkin porque no siempre es fácil fijar con precisión su pensamiento— se opondría también a la tesis de la diferencia, pero desde el extremo opuesto al de Ferrajoli. La tesis de la diferencia sostenía que en la interpretación de las normas constitucionales el componente autoritativo perdía importancia mientras que en la interpretación de la ley eso no ocurría con tanta intensidad ni con tanta claridad. Para Dworkin la interpretación, toda la interpretación, es dependiente de valores. Más o menos su concepción podría formularse así: el derecho es una práctica interpretativa dependiente de valores; es decir, el derecho (todo él) se compone de un conjunto de reglas y de unos valores que estas reglas pretenden desarrollar. La autoridad juega un cierto papel —común en la Constitución y en la legislación— en la identificación del objeto de la interpretación; es decir, en la determinación de los materiales jurídicos sobre los que versa la interpretación, en la llamada fase pre-interpretativa. Pero en las fases interpretativa y posinterpretativa se trata, respectivamente, de dotar de sentido valorativo a las reglas identificadas y de seleccionar la teoría que mejor integre los valores reconocidos.<sup>22</sup>

Gaetano Filangieri y de Jeremy Bentham de una “ciencia de la legislación”, integrándolo con el programa de una “ciencia de la Constitución”, como la llamó Giandomenico Romagnosi. Pasada la época de las primeras Constituciones, que se caracterizaban inevitablemente por un lenguaje declamatorio, nada impide el desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales —de las reglas y de los principios, como así también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente— en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible”, en Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *cit.*, pp. 51 y 52.

<sup>22</sup> Dworkin, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, pp. 65 y ss. Por otro lado, es de sobra conocida la actitud de Dworkin hacia la democracia mayoritaria como autoridad. En este sentido escribe: “La concepción constitucional de la democracia, en breve, adopta la siguiente actitud hacia el gobierno mayoritario. Democracia significa gobierno sometido a condiciones —podríamos llamarlas condiciones “democráticas”— de igual estatus para todos los ciudadanos. Cuando las instituciones mayoritarias proveen y respetan las condiciones democráticas, entonces el veredicto de estas instituciones debería ser aceptado por todos por aquella razón. Pero cuando no lo hacen, o cuando sus provisiones o respeto son insuficientes, no puede haber objeción, en nombre de la democracia, a que otros procedimientos los protejan y respeten mejor” (la traducción es mía), en Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The moral Reading of the American Constitution*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 1996, p. 17.

## 2. Sobre la apertura regulativa. ¿Imprecisión y pluralismo?

La propiedad de la apertura regulativa nos remite a dos cuestiones relativamente (solo relativamente) diferentes entre sí. La primera es la de la dialéctica principios-reglas en la interpretación de los textos jurídicos; la segunda es la de la “semántica” de los conceptos “valorativos” (conceptos moral y políticamente muy “cargados”). Aquí no voy a entrar en la cuestión de los principios y las reglas, y no lo voy a hacer básicamente por dos razones. Una es que el tema de los principios y las reglas ha sido ampliamente discutido en las últimas décadas y es de sobra conocido. Su abordaje aquí ocuparía demasiado espacio y rendiría poco. La otra razón para esta exclusión es que, bien mirado, el tema de los principios y las reglas es en parte redundante con lo dicho a propósito de la propiedad de la rigidez, pues la *tesis de la diferencia* interpretativa entre Constitución y ley allí sostenida es fácilmente traducible en términos de principios y reglas: los enunciados constitucionales muestran una tendencia a ser interpretados como principios que no muestran los enunciados legales. Centrémonos, pues, en la otra cuestión, en la de los conceptos valorativos.

Con mucha frecuencia se oye decir que una Constitución regulativa que sea democrática tiene que ser “abierta” para permitir que el sistema jurídico-político pueda reflejar las alternativas políticas y valorativas que operan a su amparo, es decir, el pluralismo. Esta forma de hablar sugiere dos ideas que no es que sean estrictamente falsas, pero interpretadas a la ligera pueden producir una gran distorsión. La primera es que hay algo bueno en el pluralismo valorativo entendido como un hecho. Esta idea, muy arraigada en visiones simplistas de la democracia, no es más que un puro prejuicio. Tiene mucho más valor el consenso en torno a la abolición de la pena de muerte que la existencia de una división valorativa entre abolicionistas e instauracionistas. Por tanto, una cosa es gestionar correctamente el pluralismo valorativo que de hecho existe en una sociedad y otra muy distinta es otorgarle valor directamente. El valor tanto del consenso como del disenso fácticos depende del valor de la sustancia objeto de consenso y de disenso. La segunda idea equivocada consiste en considerar que “Constitución abierta” es sinónimo de “Constitución imprecisa”.<sup>23</sup> La apertura regulativa tiene que ver con el uso de concep-

<sup>23</sup> Escribe Riccardo Guastini, identificando prácticamente “regulación abierta” con “ausencia de regulación”: “En definitiva, los conceptos empleados en la formulación de los principios constitucionales son, evidentemente, conceptos jurídicos

tos valorativos en los textos constitucionales, y éstos no pueden analizarse solo con las categorías propias de los conceptos meramente clasificatorios. Hacerlo constituye, en mi opinión, un error. La apertura regulativa puede ser perfectamente una virtud de un texto constitucional, la “mera” imprecisión no lo es nunca.

Para explicarlo tomemos de nuevo el ejemplo del artículo 15 de la CE. La primera prohibición (la de la pena de muerte) es obviamente cerrada, es decir, su aplicación excluye cualquier forma de deliberación práctica, y la excluye porque, por un lado, “pena de muerte” no es un concepto valorativo (su uso no presupone el “abolicionismo” ni el “instauracionismo”) y, además, es un concepto bien preciso en términos clasificatorios. Si bien se considera, en torno al concepto “pena de muerte” no funcionan de manera relevante la distinción caso regulado/caso no regulado (porque no hay imprecisión clasificatoria) ni la distinción caso fácil/caso difícil (porque no se trata de un concepto valorativo). No ocurre lo mismo con “tortura” ni con “tratos inhumanos y degradantes”. Se trata, sin duda, de conceptos valorativos: no puede haber “torturas” buenas ni “tratos inhumanos y degradantes” correctos. En torno a estos conceptos tiene pleno sentido la distinción caso fácil/caso difícil. Es cierto que “tortura” es un concepto más denso que “trato inhumano y degradante” y, en consecuencia, su prohibición es mucho menos abierta; pero, en mi opinión, ni uno ni otro concepto son reducibles a su componente factual. Centrémonos en la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes. Para determinar que Muamar el Gadafi sufrió, en el momento de su detención, un “trato inhumano y degradante” no hace falta deliberar nada: se trata de un caso fácil de aplicación de la prohibición. Ahora bien, determinar si algunos protocolos policiales de detención de sospechosos o acusados suponen un “trato inhumano y degradante” puede conllevar tener que desarrollar una intensa deliberación práctica y valorativa; en estos casos, aplicar la prohibición puede ser lo más parecido a resolver un caso difícil. Es lo que muchos sostuvieron en Francia a propósito del protocolo que se siguió en la detención de Dominique Strauss-Kahn el pasado mayo en Nueva York.

Para entender adecuadamente el papel de los conceptos valorativos en una Constitución debemos retomar la noción de práctica constitucional y distinguir entre el momento de “darse una Constitución” y el de “in-

altamente indeterminados —que apelan a las doctrinas morales y/o las ideologías políticas de los intérpretes— cuya interpretación es, en consecuencia, altamente discrecional” (la traducción es mía), Guastini, R., *Nuovi Studi sull'Interpretazione*, Roma, ARACNE, 2008, p. 142.

interpretar una Constitución”. En el momento de darse una Constitución, cualquier constituyente “responsable” tiene que enfrentar dos problemas ineliminables en la medida en que la Constitución sea un acuerdo sobre lo “inmodificable”. El primer problema es el del *consenso*, es decir, tenemos dificultades para ponernos de acuerdo sobre lo correcto. El segundo problema es el del *compromiso*, esto es, tenemos inseguridad para comprometernos con reglas prácticamente inmodificables porque no somos capaces de establecer en abstracto y por adelantado exhaustivamente las circunstancias en las que la regla debería regir. La conciencia de estas dos dificultades permite explicar bien el papel que los llamados acuerdos incompletamente teorizados (o acuerdos superficiales) juegan en la redacción de las Constituciones.<sup>24</sup> La idea de práctica constitucional presupone, pues, que si tiene sentido llegar a tales acuerdos en el momento de darse una Constitución, tiene que tener sentido interpretar los conceptos valorativos que son precisamente sus productos principales.<sup>25</sup> Una vez más, la Constitución rígida y abierta desborda la concepción del derecho como sistema, como conjunto ordenado de enunciados; pues la idea de “regulación abierta” se traduce en orientación valorativa y en ese tipo especial de “deberes” que llamamos “responsabilidades”. Naturalmente, todo ello apunta a exigencias de tipo deliberativo-argumentativo y al desarrollo de las actitudes adecuadas para poder satisfacerlas.

Hay dos formas alternativas a la de “práctica constitucional” de abordar la cuestión del significado y la interpretación de los conceptos valorativos. La primera, que podríamos llamar convencionalista-decisionista, es especialmente adecuada para las concepciones del derecho como sistema. Estas concepciones suelen operar con la oposición caso-regulado/caso-no-regulado, en lugar de con la oposición caso-fácil/caso-difícil. La diferencia entre una y otra radica en que la noción de caso-no-regulado remite a la de discrecionalidad (entendida en términos jurídicos como mera *libertad* dentro del perímetro normativo) mientras que la de caso difícil remite a las nociones de deliberación y responsabilidad.<sup>26</sup> Pues bien, para esta concepción convencionalista los conceptos valorativos se

<sup>24</sup> Sobre los acuerdos incompletamente teorizados, Sunstein, Cass R., “Constitutional Agreements Without Constitutional Theories”, *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 1, mayo de 2000, pp. 117-130.

<sup>25</sup> De ello me he ocupado en Aguiló Regla, J., “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 289-319.

<sup>26</sup> Sobre ello, véanse los trabajos de Lifante Vidal, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2002, pp.

comportarían *grosso modo* como los demás conceptos. Cuando hay convención (zona de claridad y de oscuridad) su uso y aplicación no exige realizar valoraciones; cuando no hay convención (zona de penumbra), su uso y aplicación exige simplemente decisión.<sup>27</sup>

La segunda alternativa a la de “práctica constitucional” es considerar que la mayoría de los conceptos valorativos presentes en las Constituciones son, en realidad, “conceptos esencialmente controvertidos”,<sup>28</sup> es decir, conceptos cuya característica esencial es la de carecer de una zona de claridad. Sus características serían las siguientes:<sup>29</sup> 1) se trata de conceptos evaluativos, es decir, de conceptos que se utilizan para asignar valor a acciones y a estados de cosas; 2) son conceptos complejos; su caracterización requiere no solo la enunciación de un conjunto de propiedades que los ponen en contacto con otros conceptos, sino que además su uso exige la formulación de teorías que definan relaciones de prioridad entre dichas propiedades. La libertad, la igualdad, la dignidad, etcétera, no son aplicables directamente, requieren una concepción; 3) son conceptos que tienen un carácter argumentativo, es decir, suelen estar envueltos en una permanente controversia, y 4) son conceptos funcionales, es decir, se trata de conceptos que son usados para canalizar las disputas acerca de las cuestiones socialmente más relevantes; operan como el punto de “encuentro” (la arena, el ring, el foro, la cancha) en el que se ventilan las disputas políticas fundamentales. Por ello, del mismo modo que en el ring no cabe un resultado pactado, las disputas en torno a estos conceptos no pueden resolverse jamás mediante una simple estipulación convencional de significado. Tienen una carga emotiva tan intensa que nadie con aspi-

413-419, y “Poderes discrecionales”, en García-Figueroa, A. (coord.), *Racionalidad y Derecho*, Madrid, C. E. C., 2006, pp. 107-131.

<sup>27</sup> Un trabajo que refleja perfectamente estos planteamientos es Navarro, Pablo E., “La aplicación neutral de conceptos valorativos”, *Analisi e Diritto*, 2007, pp. 39 y ss. Pablo Navarro, siguiendo a Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, sostiene que el uso y la aplicación de conceptos valorativos no implica realizar valoraciones, puesto que en la medida en que exista una *convención* pueden ser usados descriptivamente, y que, en consecuencia, cabe su aplicación *neutral*. Así, puede leerse: “... cuando un juez aplica un concepto valorativo no es necesario que use a ese predicado para imponer sus propias valoraciones en una determinada situación, sino que puede intentar determinar a qué cosas se refieren los miembros de su comunidad mediante esos conceptos” (p. 42).

<sup>28</sup> *Cfr.* Gallie, W. B., “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 1956, pp. 385-402, y Waldron, J., “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, *California Law Review*, vol. 82, núm. 3, pp. 509-540.

<sup>29</sup> Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23-2000, pp. 77 y ss.



raciones de incidir sobre la realidad social de una comunidad puede renunciar a su uso; se trata de entrar en el ring y usar el concepto con el fin de ganar una disputa político-social. Si bien se considera, las tres primeras propiedades no les atribuyen el carácter de “esencialmente controvertidos”. La cuarta, la que viene a determinar que su papel es meramente dialéctico,<sup>30</sup> es la que excluye que tenga sentido hablar de interpretación de tales conceptos. Pues bien, quien entienda que los conceptos valorativos presentes en las Constituciones son así (que no tienen ninguna zona de claridad y que su función es meramente dialéctica) habrá sentado las bases para un claro escepticismo interpretativo que resulta especialmente idóneo para las lecturas procedimentalistas (antisustantivistas) de las Constituciones.<sup>31</sup>

### 3. Sobre la “Constitución resistente”. En memoria de Francisco Tomás y Valiente<sup>32</sup>

Escribe Tomás y Valiente:

La resistencia de la Constitución puede ser entendida como adaptabilidad a la dinámica política... también como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados, pero no definidos. Y además como resistencia

<sup>30</sup> En este sentido, más allá del arbitrio y del voluntarismo que destila, creo que en el siguiente párrafo Schmitt se encuentran no pocas bases para interpretar los conceptos políticos como esencialmente controvertidos: “... todos los conceptos, ideas y palabras poseen [en el ámbito de lo político] un sentido *polémico*; se formulan con vistas a un antagonismo concreto, están vinculados a una situación concreta cuya consecuencia última es una agrupación según amigos y enemigos (que se manifiesta en guerra o revolución), y se convierten en abstracciones vacías y fantasmales en cuanto pierde vigencia esa situación. Palabras como estado, república, sociedad, clase, o también soberanía, estado de derecho, absolutismo, dictadura... etc. resultan incomprensibles si no se sabe a quién en concreto se trata en cada caso de afectar, de combatir, negar, y refutar con tales términos”. Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, trad. de R. Agapito, Madrid, Alianza, 1991, pp. 60 y 61.

<sup>31</sup> Llevado a su extremo esta forma de concebir los conceptos valorativos desemboca no solo en concepciones procedimentalistas del constitucionalismo, sino en concepciones abiertamente anticonstitucionalistas. Un claro ejemplo de procedimentalismo anticonstitucionalista son los trabajos de Waldron. Véanse, por ejemplo, Waldron, J., “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993, pp. 18-51, y Waldron, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

<sup>32</sup> Francisco Tomás Valiente fue magistrado del Tribunal Constitucional español entre 1980 y 1992 y lo presidió entre 1986 y 1992. En 1996, fue asesinado por E.T.A.

a la reforma, haciéndola innecesaria... Si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma... resistencia significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma... Creo que puede formularse la hipótesis de que una Constitución dotada de mecanismos acertados para hacerla resistente en el sentido expuesto, protege su supremacía y alcanza una vigencia efectiva y duración prolongada, sin tener que pagar el precio de las reformas agravadas.<sup>33</sup>

En un trabajo destinado a teorizar la noción de “resistencia constitucional” de Tomás y Valiente sostuve<sup>34</sup> que cualquier redactor de una Constitución que fuera consciente, por un lado, del problema de la tiranía de las generaciones pasadas y, por otro, de los problemas de consenso y de compromiso, se vería limitado en su tarea por una función que relacionara la rigidez y la apertura constitucionales. Esta función vendría a determinar que si hay problemas de consenso y/o de inseguridad práctica, a medida que se incrementa la rigidez constitucional tiene que incrementarse también la apertura regulativa. Naturalmente ahí no se decía nada a propósito del punto óptimo de equilibrio entre ambas variables. Esta función estaba pensada para los procesos de redacción de las Constituciones, pero no es difícil darse cuenta de que la misma puede proyectarse también sobre la cuestión de las peculiaridades de la interpretación constitucional. Si bien se considera, la tesis de la diferencia sostenida en los dos epígrafes anteriores puede sintetizarse en la siguiente máxima: cuanto más rígida es una Constitución regulativa (es decir, cuanta más distancia hay entre forma constitucional y forma legal), más valorativa y menos autoritativa debe ser su interpretación.

#### IV. ¿CÓMO SE HACE HABLAR A LA CONSTITUCIÓN CON UNA SOLA VOZ?

La primera pregunta que nos hemos formulado nos ha llevado a sostener que interpretar es asignar un significado a un texto, en nuestro caso a un

<sup>33</sup> Tomás y Valiente, F., “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 15-16, vol. II, 1994, p. 639. La noción de resistencia constitucional puede usarse como un verdadero alegato en contra de la lectura “originalista” de las Constituciones. En este sentido, apunta en la misma dirección que la noción de “Constitución viviente”, Strauss, David, *The Living Constitution*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 2010.

<sup>34</sup> Aguiló Regla, J., “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 289-319.

texto constitucional. La segunda pregunta nos ha llevado a abordar la cuestión de los criterios y/o los argumentos que guían y/o justifican la interpretación constitucional, y hemos sostenido que las propiedades de la rigidez y de la apertura regulativa permiten sostener la *tesis de la diferencia* entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley. La tercera pregunta nos enfrenta directamente con el problema de la unidad del derecho, aunque aquí —dado que hablamos de interpretación constitucional— nos lleve a la cuestión de la unidad de la Constitución. Pero antes que nada, antes de hablar de respuestas al problema, tratemos de entender bien en qué consiste el problema de la unidad del derecho y/o de la Constitución.

El problema de la unidad de la Constitución y/o del derecho es el siguiente. Cuando resolvemos un problema constitucional nos encontramos con fenómenos tan normales como que un mismo artículo puede recibir interpretaciones contradictorias entre sí o que diversos textos de una misma Constitución pueden apuntar en direcciones incompatibles, etcétera. Es decir, nos podemos topar con defectos como las antinomias, las lagunas, las imprecisiones, las incoherencias valorativas y un largo etcétera. Ahora bien, todo jurista sabe que al final de un razonamiento jurídico acabado la diversidad de sentidos, de normas aplicables, de soluciones posibles, etcétera, se reduce a la unidad del derecho o de la Constitución. Esto es así porque el derecho es práctico y al final tiene que ser resolutorio (por ejemplo, ¿prohíbe o no la Constitución Española el matrimonio entre personas del mismo sexo?). Esto lo sabe todo el mundo. El problema es explicar cómo se produce esa unificación, porque la unidad del derecho y/o de la Constitución ¿tiene fundamento o simplemente se decide? O formulado en otros términos aunque el problema sea el mismo: ¿tienen los casos una única respuesta correcta?

Para arrojar algo de luz respecto de este punto quiero referirme a dos cosas diferentes. La primera es el papel que juegan las concepciones constitucionales en la construcción de la unidad de la Constitución. La segunda es la proyección sobre el problema de la unidad de la Constitución de tres actitudes básicas en relación con la unidad del derecho en general.

### 1. *El papel de las concepciones constitucionales en la construcción de la unidad de la Constitución*

Las diferentes concepciones constitucionales proponen, por un lado, diseños constitucionales para las fases de redacción de las Constituciones o de enmienda de las ya existentes y, por otro, lecturas o criterios interpretativos

de las Constituciones existentes, de las Constituciones positivas. El primer caso no es relevante a los efectos de la interpretación constitucional; el segundo, sí. Aquí no puedo detenerme a hacer un repaso de las principales concepciones constitucionales. Ello nos llevaría demasiado lejos. Sí quiero, sin embargo, llamar la atención sobre una confusión que es muy común. En efecto, cuando las concepciones constitucionales formulan propuestas de lectura, suministran criterios para la interpretación de las Constituciones ya existentes, a veces se produce una cierta confusión entre las propiedades o características de una Constitución y las concepciones o las teorías de esa misma Constitución. Este error es muy común y genera una gran distorsión en la discusión constitucional; porque, por ejemplo, una cosa es afirmar que una determinada Constitución es democrática y otra muy distinta, defender una lectura democrática de esa misma Constitución. La diferencia radica en que mientras que en el primer caso lo que se está diciendo es que la democracia es una de las propiedades o características de la Constitución en cuestión, en el segundo lo que se afirma es que esa propiedad, la de ser una Constitución democrática, debe prevalecer frente a otras posibles propiedades de esa misma Constitución que pudieran entrar en conflicto con ella. En este sentido, las distintas concepciones de la Constitución lo que hacen es tomar una o varias propiedades de la Constitución y elevarlas a la categoría de propiedades “rectoras” de esa Constitución.

El garantismo, el originalismo, el procedimentalismo, el mecanicismo, el sustantivismo, el principialismo, etcétera, en cuanto concepciones de la Constitución no niegan que junto a ciertas propiedades de la Constitución coexistan otras, lo que afirman es que en caso de incertidumbre, indeterminación, conflicto, etcétera, cierta propiedad de la Constitución debe prevalecer sobre las demás. Las disputas entre concepciones de la Constitución no versan sobre las propiedades que caracterizan a una Constitución, sino sobre la preeminencia de unas sobre otras. No se trata de disputas sobre cómo deben ser descritas las cosas (no se discuten las propiedades de una Constitución), sino sobre cómo deben ser preferidas (se discute qué propiedad pesa más en caso de conflicto). Si se tiene claro esto, es fácil comprender el papel de “mediación” que juegan las concepciones constitucionales en la construcción de la “unidad de la Constitución”, en el proceso de hacer hablar a la Constitución con una sola voz. Naturalmente, este papel de las concepciones constitucionales es argumentativo y justificativo.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Lo que se acaba de decir respecto de las concepciones constitucionales no puede resultar extraño a ningún jurista acostumbrado a leer y a participar en las

2. *¿Tiene los casos una única respuesta correcta?*

Respecto de esta pregunta caben tres respuestas básicas: sí, a veces y nunca. Con las variables que hemos venido barajando hasta aquí, estas tres respuestas pueden hacerse coincidir con tres grandes concepciones del derecho que se proyectan sobre la interpretación del derecho, en general, y de la constitución, en particular. La concepción del derecho como práctica, la concepción del derecho como sistema y la concepción crítica del derecho. Aquí, como imagino que se comprenderá, no puedo detenerme a explicarlas. El siguiente cuadro muestra algunos corolarios que pueden extraerse de estas tres concepciones sobre el problema de la unidad del derecho a propósito de la interpretación constitucional.

¿Tienen los casos una única respuesta correcta?

| Sí                                                                                                                                   | A veces                                                                                                                    | Nunca                                                                                                                                                             |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| El derecho como práctica                                                                                                             | El derecho como sistema                                                                                                    | El derecho presenta una indeterminación radical                                                                                                                   |
| La Constitución es una unidad dotada de sentido                                                                                      | La Constitución es un conjunto de enunciados cuya unidad es relativa a los casos                                           | La Constitución es esencialmente contradictoria en términos valorativos                                                                                           |
| -Hay una respuesta correcta para cada caso<br>-La única respuesta correcta expresa un ideal regulativo de la práctica constitucional | -En los casos resueltos por el sistema hay una única respuesta correcta<br>-En los casos no resueltos, la unidad se decide | -Nunca hay una única respuesta correcta<br>-La única respuesta correcta como ideal regulativo es falsa conciencia<br>-El derecho como sistema es falsa conciencia |

frecuentes y eternas discusiones relativas a las “naturalezas jurídicas” de las instituciones. Más allá del hecho de que esas discusiones tienden a estar presididas por un sinfín de enredos y a ocultar los términos sobre los que realmente versan, en lo arriba expuesto están dadas las claves para la comprensión de las mismas. Las discusiones a propósito de las naturalezas jurídicas son discusiones *normativas* destinadas a aclarar el alcance de un concepto o institución (es decir, solo son operativas ante casos que no son claros); para ello se trata generalmente de determinar qué propiedad dentro del conjunto de propiedades que caracterizan al concepto o institución opera como propiedad “rectora” (la que determina su “esencia o naturaleza” y que permite definir prioridades entre esas propiedades), y, finalmente, son claramente argumentativas y justificativas (se trata siempre de ofrecer razones en favor de una determinada interpretación).

|                                                              |                                                         |                                                                                                                                         |
|--------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Caso fácil/caso difícil                                      | Caso regulado/caso no regulado                          | El intérprete puede presentar todos los casos como regulados/no regulados o como fáciles/difíciles. Instrumentaliza las clasificaciones |
| Énfasis en la dimensión valorativa del derecho               | Énfasis en la dimensión autoritativa del derecho        | Énfasis en la dimensión instrumental del derecho                                                                                        |
| Concepción constructivista y/o interpretativista del derecho | Concepción convencionalista y/o sistemática del derecho | Concepción instrumentalista y/o crítica del derecho                                                                                     |

## V. ¿CÓMO CONCEBIMOS (O DEFINIMOS) LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL?

### 1. *Dos maneras de concebir el Estado constitucional*

La cuestión es clara: según cómo construyamos el objeto Constitución extraeremos unos u otros corolarios interpretativos. Aquí no voy a detenerme en toda la complejidad que entraña el concepto de Constitución. Lo que sí voy a hacer es contraponer dos grandes formas de concebir (identificar, definir) “jurídicamente” (es decir, en cuanto juristas) la Constitución del Estado constitucional. La primera, inspirada en el constitucionalismo garantista de Ferrajoli, vendría a sostener que la Constitución del Estado constitucional se define solo por *lex superior*; la segunda, que podríamos llamar “constitucionalismo principialista”, sostendría que la Constitución del Estado constitucional se define por *lex superior* más ciertos contenidos necesarios (definitorios).

Escribe y estipula Ferrajoli:<sup>36</sup>

Así, será conveniente utilizar la expresión ‘ius-constitucionalismo’ o ‘constitucionalismo jurídico’, o mejor aun ‘estado constitucional de derecho’ o simplemente ‘constitucionalismo’, para designar... al constitucionalismo rígido... En este sentido, *el rasgo distintivo del constitucionalismo será la existencia positiva de una lex superior a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad...* [en el original pp. 6 y 7, énfasis añadido]

<sup>36</sup> Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *cit.*

La finalidad [de este escrito, el de Ferrajoli] es sostener... una concepción del constitucionalismo estrictamente “iuspositivista”, entendiendo por “positivismo jurídico” una concepción y/o un modelo de derecho que reconoce como “derecho” a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por lo tanto, de su eventual injusticia [en el original pp. 1 y 2].

Frente a esta forma de entender el Estado constitucional hay que afirmar que *no todo Estado que tiene una constitución* (una Constitución rígida y regulativa: la *lex superior* de la que habla Ferrajoli) *es un Estado constitucional*.<sup>37</sup> Por sí misma la *lex superior* identifica tan poco al Estado constitucional de derecho como la *lex posterior* al Estado legal (o legislativo) de derecho. El “Estado de derecho”, en general, no es simplemente observable a partir de puros rasgos estructurales. La rigidez constitucional orientada a preservar la “verdadera religión” (es decir, a negar la libertad religiosa) es incompatible con lo que llamamos Estados constitucionales. Lo que propone Ferrajoli es que seamos leales al positivismo aunque para ello debamos vaciar el garantismo. La insuficiencia de sus planteamientos proviene de la necesidad de dotar de valor y de sentido a las referidas propiedades estructurales. Entre otras cosas, porque la rigidez y la normatividad de las Constituciones solo son valiosas (no en vano se trata de puras técnicas de protección) en la medida que sean garantía de cosas a su vez consideradas valiosas.

<sup>37</sup> Hace ya muchos años, en 1966, Elías Díaz comenzaba su conocidísimo libro *Estado de derecho y sociedad democrática* con un lapidario “No todo Estado es un Estado de derecho”. Esta frase pretendía cumplir algunas funciones coyunturales vinculadas a la resistencia democrática española a la dictadura franquista; pero la frase en cuestión tenía (y tiene) un sentido teórico que trasciende con mucho a aquella coyuntura política. El concepto de “Estado de derecho”, viene a decir la frase, no es solo un concepto descriptivo-clasificadorio, es también —y de manera muy relevante— un concepto valorativo. Ello es muy importante por lo siguiente: el Estado de derecho no coincide simplemente con la juridicidad o la legalidad como parecen suponer muchos juristas positivistas. Si así fuera, todo Estado moderno sería un Estado de derecho, pues ningún Estado puede prescindir del derecho como un instrumento para guiar y controlar las conductas. Es, pues, un concepto normativo/valorativo cuya función no es describir una mera propiedad del derecho moderno. Es un concepto normativo/valorativo, resultado de la asunción de ciertas exigencias ético-políticas y que sirve para evaluar los diferentes sistemas jurídico-positivos [*cf.* Laporta, Francisco, “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, vol. I, 1994, pp. 133 y ss.]. Por ello, porque el concepto de “Estado de derecho” tiene la referida naturaleza normativo-valorativa, se explica que en torno a él puedan desarrollarse las actitudes crítico-prácticas propias de un “aceptante”. Con el concepto de “Estado constitucional de derecho” ocurre exactamente lo mismo.

Estas mismas técnicas al servicio, por ejemplo, no de una expectativa considerada valiosa y, por tanto, merecedora de ser protegida en forma de un derecho, sino de un privilegio (es decir, de una expectativa no valiosa y/o no justificada) resultan simplemente insoportables e irracionales. Solo si se introduce el componente de valor inserto en las Constituciones tiene sentido, en mi opinión, a diferencia de lo sostenido por Ferrajoli, hablar de “garantismo”. Una garantía independizada del valor de lo garantizado es, me parece, un sinsentido práctico.

En cualquier caso, y más allá de la discusión con Ferrajoli, lo que me interesa resaltar es que hay dos grandes formas de definir en términos jurídicos la Constitución del Estado constitucional: una, toma como rasgo definitorio del Estado constitucional solo la forma constitucional (la *lex superior*), mientras que la otra incluye junto a la forma constitucional ciertos contenidos “necesarios”. El siguiente cuadro resume algunos corolarios que se siguen de las mismas:

#### Estado constitucional definido

| <i>a) Sólo por Lex Superior (constitucionalismo garantista)</i>                            | <i>b) Por Lex Superior más ciertos contenidos necesarios (constitucionalismo principalista)</i>           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Todo Estado con <i>lex superior</i> es un Estado constitucional                            | No todo Estado con <i>lex superior</i> es un Estado constitucional                                        |
| La C. es una “fuente-acto” y todo en ella es decidido                                      | La C. es una fuente-acto. Se decide la formulación de todas las normas, pero hay normas necesarias        |
| La explicación jurídica de todas las normas constitucionales remite al poder constituyente | La explicación jurídica de algunas normas constitucionales remite al poder constituyente; la de otras, no |
| Todos los derechos son constituidos                                                        | Algunos derechos son reconocidos                                                                          |
| Los argumentos metaformales son metaconstitucionales                                       | Los argumentos metaformales no son necesariamente metaconstitucionales                                    |

Explicuemos un tanto el cuadro, tratando de justificar sobre todo la opción *b*. Es evidente que en un sistema jurídico-político que cuenta con la “forma constitucional” (es decir, con una “Constitución formal”) se ha tomado una “decisión” respecto de qué cuenta como Constitución dentro de ese sistema jurídico-político, pero de ahí no se sigue nada suficiente para la identificación del Estado constitucional. Solo algunos Estados que cuentan con una Constitución formal, rígida y regulativa son Estados constitucio-



nales de derecho: aquellos cuyas Constituciones satisfacen ciertos “contenidos”. Lo característico (y distintivo) no está solo en la forma ni solo en la sustancia. Sino en que la forma (la *lex superior*) opera como garantía de una cierta sustancia, no de cualquier sustancia. Si uno acepta este elemental razonamiento se ve abocado a extraer el siguiente corolario. En toda Constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios. No es concebible un Estado constitucional sin derecho a la libertad de expresión, sin derecho de asociación, sin democracia o sin los principios de independencia e imparcialidad de los jueces, etcétera. Sin esos derechos y/o principios habrá *lex superior* pero no Estado constitucional de derecho. Es discutible cuál es el contenido “esencial” del Estado constitucional (aquel sin el cual no podría hablarse de Estado constitucional), pero lo que, en mi opinión, resulta indudable que ese contenido no se identifica solo por la forma jurídica que adopta. Es, más bien, al revés: se le da cierta forma a un contenido porque se lo considera fundamental. Entender el Estado constitucional supone darse cuenta de que, a pesar de que la Constitución es una fuente-acto, hay un núcleo en el cual opera el tan denostado por Ferrajoli *veritas, non auctoritas, facit legem*.

Tomemos como ilustración de lo que se quiere decir con el artículo 16 de la CE.<sup>38</sup> Es trivialmente cierto que la forma constitucional iguala los apartados 1 (reconocimiento de la libertad ideológica, religiosa y de culto) y 3 (deber de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia Católica) de dicho artículo. No hay duda, ambos apartados son igualmente fragmentos de la Constitución Española. Pero de ahí no se sigue que “pesen” lo mismo en términos jurídicos. El apartado 1 expresa un principio *necesario* del constitucionalismo democrático (de forma tal que si ese contenido fuera eliminado del texto y/o de la práctica constitucional difícilmente diríamos que estamos ante un Estado constitucional de derecho), mientras que el apartado 3 expresa todo lo más un contenido idiosincrásico (podría no formar parte de la Constitución Española o ser derogado sin que ello afectase a la calificación del orden jurídico-político español como Estado constitucional). Detrás de esta afirmación hay argumentos “no formales”, “para-formales” o “meta-formales”, pero en ningún caso

<sup>38</sup> Artículo 16: “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

meta-constitucionales o meta-jurídicos; pues es el producto de entrar a “ponderar” sustancia jurídica y de tomar en consideración, dentro de las normas constitucionales, la distinción entre normas necesarias y normas contingentes (es decir, idiosincrásicas).<sup>39</sup>

## 2. *La distinción entre normas necesarias y normas contingentes (idiosincrásicas)*

Como ya he dicho, en toda Constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios que son inderogables. No solo en el sentido que la rigidez constitucional hace difícil (o altamente improbable) la derogación de su formulación normativa, sino en el sentido de que si se derogan, entonces el Estado en cuestión dejaría de ser un Estado constitucional. Por ejemplo, no es concebible la derogación del principio de libertad de expresión, o del de independencia de los jueces, o del derecho de asociación; pueden cambiar las respectivas formulaciones normativas en que se “reconocen” esos principios y/o derechos, pero no es posible su eliminación como principios y derechos y seguir hablando de Estado constitucional de derecho. Son, en este sentido, principios necesarios del Estado constitucional de derecho. En mi opinión, esto constituye una obviedad. Tan es así que, por ejemplo como una cuestión de hecho, nadie acude a la noción de poder constituyente para explicar por qué esos principios forman parte de la Constitución Española. Se asume que si esos principios y/o derechos no estuvieran en la Constitución Española, el constituyente español no habría constituido un Estado constitucional. En relación con estos contenidos explica bastante más la noción de “pretensión de corrección” que la noción de “voluntad del poder constituyente”. Y, en este sentido, desde una perspectiva constructivista son mucho más expresión de un consenso ideal que de un consenso fáctico. Quien entienda lo anterior, entenderá por qué en el proceso de internacionalización del derecho constitucional hay ciertas normas que empiezan a jugar un genuino papel de “derecho común” en lugar del de un simple derecho comparado. En este sentido es muy importante el rol que juegan hacia el interior de los Estados constitucionales, por un lado, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y, por otro, la circulación de precedentes entre distintos

<sup>39</sup> Esta distinción está inspirada en la oposición entre “normas comunes” y “normas idiosincrásicas” en el derecho constitucional europeo. Sobre ello, véase, Menéndez, Agustín J., “Sobre los conflictos constitucionales europeos. Validez del derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2007, pp. 139 y ss.

tribunales constitucionales. Estos procesos no son solo ni mucho menos el producto de una coordinación de constituyentes, sino el producto del desarrollo de una práctica y una conciencia de generación de un derecho constitucional común.

En toda Constitución “positiva” de un Estado constitucional hay también normas que expresan contenidos “idiosincrásicos”; es decir, contenidos cuya explicación va referida a las peculiaridades históricas y sociales de cada Estado constitucional. En este sentido, en cada Constitución hay normas cuya explicación necesita de la noción de poder constituyente; entendido éste como expresión de la singularidad histórica de cada Estado constitucional. Por ejemplo, la noción de poder constituyente es superflua para explicar por qué la Constitución Española reconoce la libertad de expresión, pero es esencial para explicar por qué España es una monarquía y no una república. Es superflua para explicar el reconocimiento de la libertad religiosa pero es básica para explicar el deber de cooperación con la Iglesia católica. Es decir, hay todo un ámbito en las Constituciones positivas en el que es cierto el *dictum* de *auctoritas, non veritas, fācit legem*. Desde una perspectiva constructivista, todas estas normas expresan no un consenso ideal, sino un consenso fáctico. Finalmente, en relación con el proceso de internacionalización del derecho constitucional, estas normas dan lugar a un derecho constitucional comparado, no a un derecho constitucional común.

La adopción de un concepto no meramente formal de Constitución y la asunción de esta distinción, u otra semejante, tiene una honda repercusión en la interpretación de las Constituciones positivas. A modo de ejemplo, y ya para concluir, considérense las tres siguientes cuestiones:

- a) ¿Puede haber principios constitucionales no formulados en la Constitución positiva? En mi opinión, sí. La Constitución Española suministra un espléndido ejemplo al respecto. En efecto, el título VI, “Del Poder Judicial”, no hace ninguna alusión a la imparcialidad de los jueces, al principio de imparcialidad; habla de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento al imperio de la ley. La pregunta importante que hay que responder es si conforme al Estado constitucional español el principio de imparcialidad judicial está o no a disposición del legislador. Es decir, si el legislador mediante ley puede ponerlo o quitarlo según su parecer. En mi opinión, el principio de imparcialidad judicial es un principio constitucional aunque la Constitución promulgada no lo reconozca y, en consecuencia, no es disponible por el legislador. Podría sostenerse que en realidad no

se trata de un principio necesario sino simplemente de un principio implícito, pues podría extraerse por interpretación del resto de normas constitucionales. Sin duda ello es así, pero mi tesis pretende ser más fuerte y es esta: no puede haber (no es concebible el) Estado constitucional de derecho sin principio de imparcialidad judicial. Y si las cosas son así, entonces el principio de imparcialidad judicial es un principio *necesario* del Estado constitucional de derecho.

- b) En caso de conflicto y/o ponderación entre una norma necesaria y una norma idiosincrásica ¿cuál debe prevalecer? Es evidente, en mi opinión, que si el razonamiento constitucional fuera meramente ideal debería prevalecer siempre la norma necesaria, es decir, el consenso ideal frente al consenso fáctico (histórico). Ahora bien, las cosas son generalmente más complicadas. En este sentido, conviene retomar la idea de práctica constitucional al completo, con sus componentes ideales y fácticos. El valor de los componentes idiosincrásicos de la práctica constitucional proviene en gran medida de haber hecho posible la práctica de los componentes ideales del constitucionalismo, y, en muchas ocasiones, la continuidad de los elementos idiosincrásicos aparece como condición necesaria para la continuidad de los componentes ideales. En este sentido, podría decirse que en ocasiones colapsa la distinción valorativa entre unos y otros componentes. Por poner un ejemplo bastante evidente de la Constitución Española: la Corona no es ni por asomo un componente ideal y/o necesario del constitucionalismo; sin embargo, en España, durante mucho tiempo, ha circulado el “tópico” de que la continuidad de la Monarquía es una garantía de la continuidad de los componentes ideales del constitucionalismo. En este sentido, la idea de práctica constitucional vincula en muchas ocasiones el valor de unos a otros.<sup>40</sup>
- c) Tomando en consideración la distinción aquí asumida ¿tiene sentido hablar de normas constitucionales espurias? La idea de norma espuria no alude como el punto anterior a un caso de colisión y/o ponderación entre una norma necesaria y una norma idiosincrásica. Se trata de otra cosa: hablar de normas constitucionales espurias supone hablar de *a)* normas de la Constitución positiva; *b)* que expre-

<sup>40</sup> En este punto, aunque no coinciden exactamente con lo aquí sostenido, son plenamente relevantes todas las consideraciones que hace Carlos S. Nino en relación con la aceptación del control judicial de constitucionalidad frente a decisiones democráticas para preservar “la continuidad de la práctica constitucional”. *Cfr.* Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la practica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 701 y ss.

san un contenido idiosincrásico (son el producto de una voluntad), y *c*) se juzgan inválidas desde los principios necesarios del Estado constitucional de derecho. La cuestión es obviamente compleja y controvertida, y no voy a detenerme ahora en ella. Sí quiero, sin embargo, hacer una advertencia: quien sostenga que las cortes constitucionales tienen competencia para juzgar (controlar) en términos sustantivos y no meramente procedimentales el ejercicio del poder de reforma constitucional, tiene que admitir la posibilidad conceptual de la existencia de “normas constitucionales espurias”. Dicha competencia solo puede justificarse para preservar (evitar la derogación de) los principios necesarios del Estado constitucional y para prevenir la promulgación de normas espurias en relación con los parámetros definitorios del Estado constitucional de derecho.

## VI. CONCLUSIONES

En este trabajo, más allá de los diferentes análisis que se han ido realizando a lo largo del texto, he procurado justificar dos tesis relativas a la “interpretación constitucional” o, mejor dicho, a la “interpretación de la Constitución de un Estado constitucional”:

1. La tesis de la diferencia interpretativa entre Constitución y ley: cuanto más rígida es una Constitución regulativa (es decir, cuanta más distancia hay entre forma constitucional y forma legal), más valorativa y menos autoritativa debe ser su interpretación.

2. La tesis de la relevancia interpretativa de la distinción, dentro de las normas constitucionales, entre “normas necesarias” y “normas idiosincrásicas”.



## CARPIZO Y LA REFORMA DE 1994: UNA PERSPECTIVA NEOINSTITUCIONAL INDIVIDUALISTA

María del Carmen ALANIS FIGUEROA\*

SUMARIO: I. *El análisis de políticas públicas*. II. *Jorge Carpizo: forjador de la reforma de 1994*. III. *Ámbito de posibilidades de la reforma de 1994*. IV. *El arribo de Carpizo a la Secretaría de Gobernación*. V. *La agenda de temas*. VI. *La mecánica de las Conversaciones de Barcelona*. VII. *Algunos contenidos de las reformas de 1994*. VIII. *La función regulatoria del Consejo General*. IX. *Faltantes de la reforma electoral de 1994*. X. *Conclusiones*. XI. *Bibliografía*.

La reforma de 1994 fue definitiva del sistema electoral mexicano. Nadie escatima la fuerza con que esa enmienda constitucional y legal logró procesar las diferencias que existían en un ambiente de erosión política y crispación de la desconfianza.

Si bien muchas líneas se han escrito sobre el contenido de esa reforma, poca importancia se ha dado al papel que el doctor Jorge Carpizo jugó en su diseño y confección a través de consensos amplios.

El presente artículo aporta esa mirada. Revisa los principales contenidos de la reforma electoral de 1994, desde los atributos personales que su principal artífice aportó a las negociaciones.

### I. EL ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

El surgimiento del análisis de políticas públicas *public policy* como categoría conceptual propia e independiente de los estudios de la ciencia política o el derecho, trajo consigo el desarrollo de preguntas de investigación pertinentes al quehacer gubernamental. De hecho, uno de los fundadores de la disciplina, Harold Laswell, se refería a ella como el conjunto de temas que

\* Magistrada de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; doctora en Derecho por la UNAM.

conciernen a la explicación de la producción de las políticas y la obtención de información relevante relativa a dichas políticas.<sup>1</sup>

Varias líneas de pensamiento surgieron. Unas se enfocaron a crear marcos analíticos para la comprensión del surgimiento de políticas. Es decir, a entender cómo se definen los problemas públicos, cómo llegan a las agendas gubernamentales, cómo se toman las decisiones y cómo se diseñan las políticas.

El presente artículo se ubica en esta modalidad, pues pretende explicar el surgimiento de la reforma electoral que vivió México en 1994.

La propia teoría de las políticas públicas ofrece distintas maneras de abordar un cambio en las reglas del juego, como el que se constituye en objeto de este análisis. Dada la complejidad de la acción pública, la lente de un modelo teórico conlleva a un mayor potencial explicativo que la intentona de comprender un fenómeno desde cualquier óptica.

Son característicos de este análisis, las posturas de la elección racional que muestran el origen de las políticas como el resultado de la interacción estratégica de distintos actores en su afán por maximizar sus utilidades. A ese enfoque se oponen otros como los neo-marxistas que lo explican como producto de las relaciones de clase; el *behaviorismo* que enfatiza el papel que los grupos de interés juegan en las políticas para cada sector, o los estatistas que centran su análisis en el papel que juegan los Estados en el resultado del proceso de elaboración.

Una alternativa a esos abordajes son los basados en una perspectiva neoinstitucional. Éstos asumen que las instituciones juegan un rol definitorio, pues constriñen el espacio de factibilidad política y ordenan el juego estratégico.

En general, las reformas políticas y electorales en México y en otras partes del mundo se han percibido como producto de una circunstancia histórica. Las razones de una decisión pública cualquiera son producto del contexto histórico en que se toman.

La mayor parte de la literatura relevante sobre las reformas electorales en México se ha construido enfatizando ese papel de la historia en cada reforma. Está debidamente demostrado el papel del pasado en cada momento.<sup>2</sup>

Pero el abordaje neoinstitucional permite considerar otras aristas. Es posible que los actores impriman al proceso de políticas públicas el se-

<sup>1</sup> Laswell, Harold y Lerner, D., *The Policy Sciences. Recent Development in Scope and Method*, Standford, 1951.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, Woldenberg, Salazar y Becerra, *La mecánica del cambio político en México*.



llo de sus propias ideologías, preferencias, funciones de utilidad y habilidades. Ciertamente las políticas no son el resultado automático de esas combinatorias, ya que éstas se despliegan en combinación con otros actores y constreñidas por un marco institucional.

Es esa perspectiva neoinstitucional, pero centrada en los actores, la que se propone para revisar la reforma electoral de 1994. Desde mi punto de vista, la reforma de 1994 no podría ser explicada cabalmente, si no se incluye en la ecuación el elemento Jorge Carpizo. Su forjador y principal negociador, sin duda jugó un papel en el resultado final “la reforma aprobada” mayor a lo que se ha dimensionado en otros trabajos académicos.

Si bien pudiera parecer que el enfoque propuesto es demasiado individualista, lo cierto es que el análisis de otras reformas ha podido ser explicado desde perspectivas similares. Buena parte de lo que conocemos de la reforma electoral de 1977, que consiguió formar el sistema de partidos políticos en México, se ha descrito desde la mentalidad plural de don Jesús Reyes Heróles.

Inclusive el Pacto de la Moncloa, que por definición es el resultado del juego estratégico entre los dos polos de la transición española, bien puede ser definido desde la mentalidad pacífica y consensual de Felipe González.

De igual forma, las reformas de la estabilidad democrática de 1994, en buena medida surgieron de la creatividad y astucia del doctor Carpizo.

## II. JORGE CARPIZO: FORJADOR DE LA REFORMA DE 1994

Una de las dificultades de los análisis centrados en los actores es que requieren definir las características personales de sus protagonistas. Ello se vuelve más complejo cuando, como es el caso, no se puede recurrir de primera mano a sus propios testimonios.

A pesar de ello, la trayectoria curricular del doctor Jorge Carpizo ofrece suficientes claves para esbozar algunas características en forma objetiva.<sup>3</sup> Apunto tres que son eje del análisis que se pretende: experto en derecho, talento negociador y visión de futuro.

<sup>3</sup> Tuve el privilegio, junto con mi esposo, Emilio Rabasa, de contarme entre las amigas de Jorge Carpizo, razón por la cual podría enumerar muchos atributos personales. Para evitar la subjetividad a la que me llevaría esa visión personal, he preferido centrar mi análisis exclusivamente en los datos que arroja su trayectoria profesional.

### 1. *Experto del derecho*

Esta característica es quizá la más evidente en la currícula de Jorge Carpizo. Más allá de las menciones honoríficas que obtuvo en sus estudios de derecho en la UNAM, su obra publicada en temas constitucionales, de federalismo y de derechos humanos son una referencia obligada para los estudiosos del derecho en el país. A su vasta producción habría que agregar capítulos de libros y artículos en revistas arbitradas en temas como la universidad, la representación política o los organismos autónomos.

Ese prestigio de “erudito del derecho” permitió a Carpizo asumir un estilo arriesgado en su paso por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde pugnó por dar plena vigencia a su carácter de tribunal constitucional.

### 2. *Talento negociador*

Una de las características que más sorprendían a los interlocutores de Carpizo era su don negociador. Ese talento cobró relieve cuando fue rector de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Durante su gestión estalló la huelga de 1986, misma que centraba sus demandas en el amplio objetivo de democratizar la vida universitaria. A diferencia de lo que proponían algunos actores gubernamentales de la época, el doctor Carpizo prefirió ceñirse al diálogo como eje de la convivencia entre académicos, razón por la cual convocó a un Congreso Universitario, en el que se construyó un espacio para la libre expresión y contraposición de ideas. El Congreso logró que se restituyera la vida universitaria, pero también que se edificara el rumbo de las transformaciones que vivió la Universidad por los años siguientes.

### 3. *Visión de futuro*

Para quienes se encuentran inmersos en la función pública, es difícil hacerse de una visión mediano o largo plazo, ya que la inmediatez de la coyuntura obliga —en general— a privilegiar lo urgente por encima de lo estratégico; lo factible por encima de lo deseable.

Ese no era el caso de Carpizo McGregor, quien logró imprimir a su paso por las instituciones una estrategia de largo aliento. Hay que recordar que en los primeros años de la década de los noventa, se estaba nego-

ciendo la firma del Tratado de Libre Comercio con América del Norte. Los Estados Unidos condicionaron la firma del tratado al mejoramiento del clima de respeto en el país de los derechos humanos.

Muchos juristas destacados argumentaron que la figura del amparo era suficiente para proteger a los ciudadanos de la violación de sus derechos. No obstante, Carpizo en calidad de “visionario” determinó que el amparo se había convertido en una figura de difícil comprensión, lleno de tecnicismos y vacíos legales, que complicaban su acceso al grueso de la población, además de ser un mecanismo de lenta tramitación.

Esa fue una de las causantes de la creación de la CNDH, ideándola como un instrumento menos rigorista, cercano a la población, en el que descansaba el peso de sus recomendaciones en la opinión pública, pues ésta castigaría con el descrédito a la autoridad por el mal cuidado de los derechos fundamentales.

Se ha completado, ahora sí, el marco conceptual con el que se ha de revisar la reforma de 1994, desde la incidencia de los tres atributos personales detectados en la trayectoria de su impulsor, Jorge Carpizo.

### III. ÁMBITO DE POSIBILIDADES DE LA REFORMA DE 1994

A la reforma de 1994 no se llega con un conjunto amplio de posibilidades de actuación. Factores de todo tipo constreñían el abanico de respuestas institucionales que se podían ofrecer al cada vez más fuerte reclamo por la democratización completa del sistema electoral mexicano.

Sin lugar a dudas, la elección de 1988 fue un detonante de la ulterior democratización del sistema electoral mexicano. No solo la credibilidad había quedado disminuida. También había sido afectado el prestigio de la Secretaría de Gobernación, señalada como responsable de los fallos en el sistema para declarar ganador en la elección presidencial de dicho año.

Fue así como surgieron dos reformas tendentes a reparar la legitimidad de la representación pública. En 1989 se procedió a un cambio institucional en el que se rediseñó el ente público encargado de la organización de los comicios. A partir de una reforma constitucional al artículo 41 de 1990, se creó el Instituto Federal Electoral. Con el surgimiento del Instituto se permitió, entre otras cosas, la incorporación de los partidos políticos nacionales en los procesos de la organización electoral.<sup>4</sup> Ese mismo

<sup>4</sup> Carbonell, Miguel, “Instituto Federal Electoral”, *Diccionario de Derecho Constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 312.

año se avanzó hacia la profesionalización de la autoridad jurisdiccional, con la creación del Tribunal Federal Electoral.

En 1993, las negociaciones entre los partidos políticos dieron como resultado la creación de un nuevo padrón electoral y de la credencial con fotografía para votar, además, de una nueva reforma política que modificó a la integración de la Cámara de Senadores, la que a la postre posibilitó el arribo de la oposición a la Cámara alta. Ese mismo año se suprimió el sistema de autocalificación<sup>5</sup> de las elecciones para diputados y senadores.

Si bien encomiables, estas dos reformas se dieron sin el respaldo de quienes se sentían agraviados por las elecciones de 1988, ahora aglutinados en el Partido de la Revolución Democrática. Aquí una de las restricciones más importantes a la reforma de 1994, pues el sistema difícilmente aguantaría una reforma más sin la participación de la izquierda institucionalizada en el PRD.

La economía hubiera anticipado un entorno de estabilidad para el proceso electoral de 1994. En los tres años anteriores el crecimiento económico había sido superior al demográfico; se había aprobado el Tratado de Libre Comercio por parte del Congreso estadounidense; la inflación se había reducido a un dígito; los capitales extranjeros dejaban al país, la inversión social del gobierno aumentaba y no existían mayores problemas políticos.<sup>6</sup>

Sin embargo, el levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional el 1o. de enero de 1994 cimbró a las instituciones y a la sociedad. Fue alterada la estabilidad generada, fueron removidos muchos de los actores y fue necesario diseñar nuevos mecanismos para los aspirantes a la Presidencia.

El nuevo conjunto de restricciones estaba entonces dado por la necesidad de mantener actuante al sistema de partidos, sin radicalismos, para poder avanzar hacia el proceso electoral de 1994 sin interrumpir el relevo del poder.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> En 1917 surgen los sistemas de autocalificación para las cámaras de Senadores y Diputados, y de heterocalificación para el presidente de la República. El Congreso Constituyente de Querétaro señaló que cada cámara calificaría las elecciones de sus miembros, y para la calificación de la elección del presidente de los Estados Unidos Mexicanos sería la Cámara de Diputados la que se erigiría en colegio electoral. Orozco Martínez, Rodolfo, *La primera calificación de la elección presidencial por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Boletín del Centro de Capacitación Judicial Electoral, año 6, núm. 4, julio-agosto 2000, p. 1.

<sup>6</sup> Carpizo, Jorge, *Algunos aspectos de la reforma electoral de 1994*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1043/6.pdf>.

<sup>7</sup> A los pocos meses, se incorporaron nuevos elementos que daban cuenta del

#### IV. EL ARRIBO DE CARPIZO A LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN

A los diez días del levantamiento de Chiapas, el doctor Jorge Carpizo McGregor fue invitado por el presidente Salinas de Gortari a incorporarse a su gabinete como secretario de gobernación. Dos variables prioritarias debería enfrentar en forma urgente:

- Lograr que el proceso electoral 1994 llegara a feliz puerto. Faltaban siete meses para la jornada electoral. El proceso ya había iniciado.
- Diseñar una estrategia adecuada para el conflicto armado de Chiapas.

En ese contexto, el perfil negociador de Carpizo fue tomado como una señal favorable. En apoyo a esta visión es que el propio Diego Fernández de Ceballos<sup>8</sup> ha señalado que cuando el doctor Carpizo fue designado secretario de gobernación entendió que el gobierno del presidente Carlos Salinas había optado por la vía del diálogo con todas las fuerzas políticas.<sup>9</sup>

No se equivocaba el candidato panista. De hecho, la primer acción del negociador, en su arribo a la Secretaría de Gobernación, fue ponerse en contacto con los dirigentes partidistas y los candidatos presidenciales, demostrando con ello su interés porque el proceso electoral se llevará en los mejores términos y con las condiciones de imparcialidad que se habían pretendido en las reformas anteriores.

#### V. LA AGENDA DE TEMAS

El negociador comprendía que los comicios de 1994 no saldrían con éxito sin avanzar todavía más en la democratización del sistema político. De ahí que optó por retomar algunas de las negociaciones que meses antes había iniciado Manuel Camacho Solís con el PRD, para proponer un cambio del sistema político.

grado de descomposición del ambiente político e imponían restricciones adicionales: los asesinatos de Luis Donald Colosio y de José Francisco Ruiz Massieu.

<sup>8</sup> Candidato presidencial del Partido Acción Nacional para el proceso electoral federal de 1994.

<sup>9</sup> “Entrevista a Diego Fernández de Ceballos”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 2, julio-diciembre de 2012, pp. 423-428.

Consistente con el perfil ya esbozado, el secretario de gobernación dejó que el partido de la izquierda tomará la iniciativa para la reforma. Si las anteriores reformas habían estado encabezadas por el PAN y el PRI, esta vez se requería que el PRD asumiera un papel protagónico.

Se necesitaba una agenda de puntos a tratar.

El 27 de enero de 1994, se expidió el documento “20 Compromisos por la Democracia”, el cual incitó a la firma del acuerdo por la paz, la justicia y la democracia. Dicho documento fue firmado por ocho partidos políticos que participarían en las elecciones de 1994. Algunos de los puntos de acuerdo fueron:

- Alcanzar la imparcialidad de los órganos electorales.
- Lograr la confiabilidad del padrón electoral.
- Conseguir la equidad en el acceso a los medios de comunicación.
- No hacer uso ilegal de recursos y fondos de gobierno.
- Revisar las finanzas de los partidos políticos.
- Examinar las reformas penales para evitar restricción a derechos humanos.
- Crear una fiscalía para delitos electorales.
- Convocar a un periodo extraordinario de sesiones para aprobar las reformas electorales.

## VI. LA MECÁNICA DE LAS CONVERSACIONES DE BARCELONA

Faltando apenas semanas para las elecciones, ¿cómo llevar a la práctica una agenda tan amplia de temas?

El elemento para la toma de acuerdos fue la puesta en marcha de un grupo, el de las negociaciones de Barcelona. Se llamó así porque su sede principal se ubicaba en esa calle, pero sesionó en diversos espacios de la Ciudad, desde la suscripción de los Compromisos para la Democracia, hasta el desarrollo de los comicios, con una leve interrupción durante las semanas que siguieron al asesinato del candidato priista, Luis Donaldo Colosio, el 23 de marzo.

La idea era construir un grupo compacto, prolífico en acuerdos. El secretario de gobernación hizo pública al grupo su intención de que los acuerdos salieran por consenso, pero —fiel a su estilo negociador— definió al consenso, no como la unanimidad de voluntades, sino como la ausencia de vetos.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Jorge Alcocer. Entrevista concedida el 15 de octubre de 2013.

Más aún, diseñó unas reglas de funcionamiento de las mesas de Barcelona, acordes a la necesidad de hacerlas funcionales. Por un lado se desarrollaron las conversaciones abiertas con los tres partidos políticos más importantes, pero por el otro lado Carpizo mantenía —en lo individual— conversaciones con los partidos políticos minoritarios. De tal modo que el propio secretario de gobernación señaló en el Informe que presentó al Colegio Electoral de la H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión que a ningún partido se le había negado la posibilidad de externar puntos de vista y realizar propuestas, ya que todas ellas habían sido consideradas y analizadas con seriedad y objetividad.

Los participantes de las conversaciones de Barcelona fueron:

- PAN: Carlos Castillo Peraza, Felipe Calderón Hinojosa y Antonio Lozano Gracia.
- PRI: Fernando Ortiz Arana y Santiago Oñate. Posteriormente, Ignacio Pichardo Pagaza, Jose Francisco Ruiz Massieu y Humberto Lira Mora.
- PRD: Porfirio Muñoz Ledo y Ricardo Valero.
- Secretaría de Gobernación: Jorge Carpizo y Tristán Canales. Posteriormente, Beatriz Paredes.
- Asesor personal del secretario: Jorge Alcocer.

Quienes participaron en aquel proceso, describen que otra estrategia negociadora que implementó el doctor Carpizo y que resultó benéfica para la toma de acuerdos fue “el confesionario”. Se trataba de la posibilidad de la que gozaban todos los participantes de las negociaciones para reunirse en forma privada con el secretario de gobernación y esbozar con ese carácter sus inquietudes. Carpizo sabía que conducir las negociaciones requería conocer con claridad el ordenamiento de preferencias de los actores, aún en los casos en que éstas no fueran conocidas por los demás. Porfirio Muñoz Ledo ha sostenido que el método de trabajo fue importante, debido a que permitió que entre los negociadores se dijera hasta dónde se podía llegar, además, de que dotó de un importante dinamismo a las negociaciones, de modo tal que esa interacción permitió que el proceso se presentara con enorme rapidez.<sup>11</sup>

Una estampa que demuestra en forma clara, tanto el talante negociador como la visión de mediano plazo del entonces presidente del Conse-

<sup>11</sup> “Entrevista a Porfirio Muñoz Ledo”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 2, julio-diciembre de 2012, p. 444.

jo General del IFE es la incorporación de Jorge Alcocer a su equipo de trabajo.

Según relata el propio Alcocer, para comienzos de 1994 Carpizo y él no tenían una relación sólida, apenas se conocían. A raíz de la suscripción de los compromisos por la democracia, el fundador de la revista *Voz y Voto* solicitó una entrevista con el secretario de gobernación, a efecto de publicarla.

Cuenta Alcocer que, al presentarse a la entrevista, Carpizo le solicitó guardar la grabadora de reportero, ya que quería proponerle algo más: incorporarse a su equipo de trabajo en la mesa de Barcelona. Una vez que Alcocer le advirtió que esa designación podría ser vetada por alguno de los partidos, Carpizo le explicó que antes del desayuno ya había hablado con sus dirigentes y ellos habían dado su visto bueno. Ello muestra el virtuosismo de las capacidades negociadoras, ya que evitaba tomar alguna decisión que fuera a romper el ánimo constructivo recién edificado con los partidos.<sup>12</sup>

Carpizo y Alcocer pactaron entonces el ingreso del segundo a las mesas de Barcelona, como asesor personal del secretario de gobernación, bajo dos condiciones: no cobraría retribución alguna y trabajaría directamente en las negociaciones de Barcelona.

## VII. ALGUNOS CONTENIDOS DE LAS REFORMAS DE 1994

### 1. *Ciudadanización del IFE*

Se puede afirmar que la principal aportación de las mesas de Barcelona a la democracia mexicana fue la “ciudadanización” del Instituto Federal Electoral. No obstante, los cambios a la integración de los órganos de dirección del IFE se constituyeron como el eje toral de la reforma, con esto se establecería la tan anhelada imparcialidad de la autoridad.

El acierto de la creación del IFE radicó en la búsqueda de la creación de una autoridad imparcial que fuera capaz de brindar certeza y legalidad de los resultados. No obstante, la reciente autoridad seguía sin garantizar que en verdad se cumplieran con dichos objetivos.

El principal cambio que se consiguió con la reforma constitucional al artículo 41 fue conformar la idea de que la organización de las elecciones es una función estatal que se realiza a través de una autoridad pública,

<sup>12</sup> Jorge Alcocer. Entrevista concedida el 15 de octubre de 2013.



autónoma, en cuya integración concurren el Poder Legislativo y Ejecutivo, los partidos políticos y “los ciudadanos”. Con lo que se eliminaba la función de los poderes federales para la organización de las elecciones, cambio que a todas luces, sonaba concordante con la integración mayoritaria de ciudadanos en los órganos de dirección.

Aunado a lo anterior se agregó que era una autoridad “independiente”, con ello se consiguió que el IFE no estuviera subordinado al gobierno federal, ni a un partido o grupo, y que con ello, no dependiera de alguien para el cumplimiento de sus finalidades.

Antes de la reforma la integración del órgano máximo —Consejo General del Instituto Federal Electoral— estaba conformada por consejeros magistrados, quienes tenían que satisfacer los mismos requisitos que para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Con ello se restringía la integración para profesionales del derecho.

Al abordar el tema, en las conversaciones de Barcelona, se sostuvo que se debería salvaguardar la honorabilidad y capacidad de los consejeros magistrados, por lo que se coincidió en aceptar y consagrar a nivel constitucional la figura del consejero ciudadano.

José Woldenberg ha precisado que a lo largo de los años la Comisión Federal Electoral tuvo dos nutrientes fundamentales para su conformación: representantes de los poderes públicos y de los partidos políticos (y algunas figuras extrañas como la del notario público). De modo que resultaba muy difícil armar una Comisión que de antemano no estuviera inclinada hacia alguno de los partidos. El representante del Ejecutivo y los del Legislativo tenían un sello partidista, sin hablar de los voceros de los propios partidos. La búsqueda de la imparcialidad parecía imposible. Un partido al final tenía, de partida, más votos.<sup>13</sup> Por lo que contar con una autoridad con las características de independiente y ciudadano se convertía en una urgente prioridad.

Con esta reforma se consiguió modificar la integración del Consejo General de modo tal que, seguiría presidido por el secretario de gobernación, los representantes del Poder Legislativo quedaban también igual. Sin embargo, el cambio representativo se daría en la representación de los partidos políticos, ahora solo tendrían cada uno un representante —acabando con la proporcionalidad— con derecho de voz y ya no de voto.

Desaparecieron los consejeros magistrados y dieron paso a los consejeros ciudadanos, a manera que solo serían seis, ya no propuestos por el presidente, sino que lo harían los grupos parlamentarios en la Cámara

<sup>13</sup> Woldenberg Karakowsky, José, “La ciudadanización del IFE”, *Instituto Federal Electoral 20 años*, México, 2010, pp. 165 y 166.

de Diputados, y requerirían ser aprobados por las dos terceras partes de los votos. Y su antigüedad referida para un cargo de dirección partidista bajó de cinco años a tres.

La importancia de la nueva integración radicó en la potencialización del voto ciudadano en la integración de sus órganos internos, de modo tal que, la fuerza de los consejeros ciudadanos comparada con la de los consejeros magistrados creció de forma espectacular. Mientras que los consejeros magistrados tenían seis votos de 21 (cifra que variaba dependiendo del número de partidos), los consejeros ciudadanos tenían seis de once, eran mayoría aunque no formaban un bloque. Con ello se empezó a “despartidizar” la toma de decisiones, dejando en un grupo de personas sin filiación partidista la decisión de las principales políticas y medidas que van armando una elección.<sup>14</sup>

Otro elemento importante fue la flexibilización de los requisitos para ser consejero ciudadano. Se redujo la edad para acceder al cargo (pasó de 35 a 30 años). Además se determinó que los candidatos a consejeros ciudadanos únicamente deberían ostentar algún título profesional y conocimientos en la materia político-electoral.

En lo que atañe al proceso de integración para la elección de 1994, Jorge Carpizo, precisó un principio que en la realidad de 2013, se continúa discutiendo, el no aceptar cuotas y vetos.<sup>15</sup>

De conformidad al “Acuerdo por la Paz, la Justicia y la Democracia” en la elección de la nueva integración se debía considerar la imparcialidad de la autoridad electoral, por lo que se debía elegir o ratificar en todos los niveles a todos y cada uno de los ciudadanos aptos y honestos, además, el criterio de nombramiento o ratificación sería el de la consulta y consenso de las fuerzas políticas.

Los partidos políticos definieron una metodología y unos plazos para hacer esta labor de designación o ratificación. En la aplicación de estas nuevas atribuciones y funciones se llegó a la elección de seis consejeros ciudadanos.<sup>16</sup>

Este cambio de consejeros, a pocas semanas de la jornada electoral, solo puede explicarse por la visión de Jorge Carpizo. Dificilmente algún otro negociador hubiera aceptado cambiar a los responsables de la elección con el avión en marcha. Quien en ese entonces aceptó un cambio así de arriesgado, debió hacerlo desde una visión de mediano plazo. La

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>15</sup> *Cfr.* entrevista a Jorge Alcocer, *cit.*, p. 426.

<sup>16</sup> Santiago Creel Miranda, Miguel Ángel Granados Chapa, José Agustín Ortiz Pinchetti, Ricardo Pozas, José Woldenberg Karawosky y Fernando Zertuche.

legitimidad de las autoridades emanadas de esa elección sería puesta en tela de juicio si se insistía en que los consejeros magistrados continuaran en el cargo, con la responsabilidad de organizar la elección. Era preferible el riesgo de la ciudadanización.

## 2. *Observación electoral*

La reforma de 1994 contempló la adición del párrafo 3 al artículo 5o. del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, con la cual se consagró la figura de los “observadores electorales”. Con esta modificación se permitió que los ciudadanos participaran de una forma directa en acciones diversas de preparación y desarrollo de la contienda electoral. Con ella se estaba brindando una mayor certeza, credibilidad y confiabilidad a los comicios por venir.

Sin embargo, en congruencia con los principios que rigen la materia electoral, los observadores electorales cuentan con ciertas restricciones, ya que la propia modificación legal disponía que debían abstenerse de sustituir, interferir u obstaculizar a las autoridades electorales en el ejercicio de sus funciones.<sup>17</sup>

En 1993 se introdujo la disposición de que los ciudadanos mexicanos podían ser observadores de las actividades electorales durante la jornada electoral. Con la reforma de 1994 se logró que dicha figura pudiera participar de los actos de preparación y desarrollo del proceso electoral, aunado a los relativos a la jornada electoral.

Desde todos los enfoques realizados la figura de los observadores electorales fue bien vista por todos los partidos políticos. Coincidieron en que se debían atenuar los requisitos que se preveían para los observadores nacionales. Aunado a ello, la observación se amplió a todo el proceso electoral. Se podía solicitar la acreditación en forma personal o por medio de una agrupación; los cursos de capacitación podían ser impartidos por las mismas agrupaciones; la observación se podía desarrollar en todo el territorio nacional; la inscripción se podía realizar a través de las juntas locales del IFE; los observadores podían solicitar la información que necesitaran, y se les confirieron atribuciones para realizar la observación el día de la jornada electoral.

<sup>17</sup> Barquín Álvarez, Manuel, “La evolución de la legalidad democrática”, en Carpizo, Jorge *et al.*, *Elecciones, diálogo y reforma. México, 1994*, t. I, México, Nuevo Horizonte Editores, 1995, p. 183.

Con todo lo anterior, se brindó a la ciudadanía, en general, un mayor acercamiento y confianza en lo realizado por las autoridades electorales. Se trató de tender un puente entre las funciones de realización de los comicios y la participación de la ciudadanía en la modalidad de observación electoral.

Es evidente el aporte de esa figura a la confianza en las elecciones en México. Organizaciones que se especializaron en la elección de 1994 hoy siguen realizando observación electoral y, al hacerlo, generan referentes importantes para que la ciudadanía sepa lo que ocurre en los comicios. La visión de largo plazo que pensó en el soporte que podría dar la observación electoral es atribuible también, cuando menos en parte, al artífice de la reforma de 1994.

## VIII. LA FUNCIÓN REGULATORIA DEL CONSEJO GENERAL

A pesar de las reformas constitucionales y legales se debía emprender medidas desde el seno del Consejo General que permitieran otorgar garantías de imparcialidad y equidad a los contendientes, por lo que se demandó de dicho órgano una serie de acuerdos que permitieran generar estos hechos.

### 1. *Nuevo padrón electoral*

La elección de 1994 utilizó un padrón surgido en dos facetas: *a)* el levantamiento que se efectuó en 1991 y *b)* los ejercicios de actualización constante. Los ejercicios de actualización, a su vez, tuvieron dos vertientes: *i)* los que se realizaron en las entidades con elecciones y *ii)* el empadronamiento que se realizó a partir de noviembre de 1992, con la expedición de una nueva credencial para votar con fotografía.

Previo a los comicios de agosto de 1994, se denunciaba en los medios las irregularidades del padrón. Se denunciaban trampas con los registros de los ciudadanos, incluido el tema de las famosas homonimias.

De ahí que los nuevos consejeros ciudadanos se comprometieron con una evaluación objetiva del mismo. Se resolvió hacer una nueva auditoría externa y establecer además un Consejo Técnico integrado por destacados científicos mexicanos.

Para la realización de la auditoría solicitada, en febrero de 1994 se aprobaron las bases para la licitación de la auditoría. Sin embargo, ésta contenía exigencias muy rigurosas, de manera que las dos empresas que hubieran podido participar no lo hicieron.

En este punto, el doctor Carpizo comprendió el alto riesgo que para la elección representaría llegar a la elección sin una auditoría que diera confiabilidad a todos. De ahí que hizo un importante esfuerzo que derivó en que el Consejo Técnico del Padrón modificara las bases de la auditoría externa, a efecto de que se pudieran establecer plazos más accesibles. El padrón tenía una consistencia superior al 97%.<sup>18</sup>

Aunado a lo anterior, los nuevos consejeros ciudadanos tuvieron en sus manos el padrón electoral para revisarlo. Además, un grupo de expertos de la Organización de las Naciones Unidas determinó que el resultado de los trabajos de auditoría al padrón había sido de los más altos estándares internacionales. Las listas nominales que surgieron del padrón fueron exhibidas públicamente en dos ocasiones para que todos los ciudadanos tuvieran la oportunidad de verificar su registro.

## 2. Casillas electorales

A propuesta del PRD, se estableció una doble insaculación de los funcionarios de casilla. Ello se realizó con la finalidad de que los presidentes, secretarios y escrutadores de las mesas directivas de casilla surgieran de un sorteo, y con esto romper todo vínculo que pudieran formar con los partidos políticos. A lo que consideraban como crucial, ya que ellos serían los responsables de tener en sus manos la votación directa de la ciudadanía.

Además de ello, el Consejo General aprobó que no se manejaran las boletas electorales de manera individual, sino que éstas estarían adheridas y se desprenderían de un talón con folio, para evadir su posible tráfico. Aunado a esto se instaló una Comisión que supervisaría la producción y distribución de las boletas electorales. Y se resolvió la construcción de mamparas individuales para que el día de la votación los ciudadanos pudieran ejercer su derecho sin interferencias.<sup>19</sup>

## 3. Conteos rápidos y Programa de Resultados Preliminares (PREP)

Tal vez uno de los canales más importantes de acceso a la información que se brindó en este proceso electoral fue la utilización del PREP y del conteo rápido, utilizados por primera vez en 1994.

<sup>18</sup> Woldenberg, José *et al.*, *La mecánica del cambio político en México*, México, Cal y Arena, 2011, pp. 99 y 100.

<sup>19</sup> *Cfr.* Woldenberg, José *et al.*, *La mecánica del cambio político en México*, *cit.*, p. 100.

Jorge Carpizo estimuló a los muestristas de su tiempo a realizar sus propios conteos rápidos, utilizando la lógica de que si los conteos se realizan de manera profesional y objetiva por múltiples actores, al final estos acabarán coincidiendo con los de la autoridad y se generará una espiral de confianza.<sup>20</sup>

Este razonamiento se sustentó en la lógica de que el PREP solo lo puede llevar a cabo la autoridad electoral —es la única que cuenta con la capacidad para recabar la totalidad de las actas— y quizás alguno de los grandes partidos. De ahí que se determinó que lo ejecutara el propio IFE.

Pero conteos rápidos están al alcance de organizaciones no gubernamentales, diarios, televisoras, etcétera.

El IFE afinó ambos instrumentos. Era necesario trascender el trauma y la crisis que generó la caída del sistema. Insisto: la noche de la elección el público tiene el derecho y la necesidad de conocer las tendencias electorales.<sup>21</sup>

## IX. FALTANTES DE LA REFORMA ELECTORAL DE 1994

Los comicios del 21 de agosto de 1994 fueron los de más alta participación ciudadana. Así lo demuestra el 77.71% de ciudadanos en lista nominal que participaron, porcentaje que se puede presumir ante cualquier democracia. Ello fue posible debido a que se logró construir un clima de confianza, a pesar del difícil entorno con que comenzó el año.

El doctor Carpizo se caracterizó por ser un hombre apto para apreciar la realidad con una óptica muy amplia, con una visión capaz de ver problemas a futuro. El otrora presidente del IFE señaló que a pesar de la reforma electoral y del buen trabajo realizado por las autoridades electorales, existieron problemas, irregularidades y errores humanos, cometidos tanto por algunos funcionarios del IFE, como algunos funcionarios de casilla, así como por algunos de los jóvenes que transmitieron la información del PREP.<sup>22</sup> No obstante, los resultados electorales fueron aceptados y reconocidos por todas las fuerzas políticas del país.

<sup>20</sup> Se realizaron 11 o 12 conteos rápidos y todos —salvo uno— coincidieron en las cifras finales. Con ello, se refrendó el dicho de la autoridad electoral.

<sup>21</sup> Woldenberg, José, “Los resultados”, *Reforma*, 18 de julio de 2013.

<sup>22</sup> Véase Carpizo, Jorge, *Algunas consideraciones sobre el Proceso Federal Electoral de 1994*, México, Secretaría de Gobernación, 1994, p. 21.

A pesar de los avances y del fortalecimiento de las instituciones electorales, los diversos actores políticos, partidos, organizaciones de observadores, ciudadanía y hasta el propio Carpizo fueron capaces de apreciar que persistían irregularidades en la realización de los comicios.

En este punto es donde la visión de Jorge Carpizo permitió detallar las carencias de la reforma trabajada en las Conversaciones de Barcelona. Ciertamente se habló de conformidad y de consenso entre los partidos políticos, pero, no todos los temas fueron resueltos en esta reforma.

Carpizo era un hombre de largo aliento. No se conformaba con el trabajo realizado. Entendía que, para que el sistema siguiera su marcha, sería necesario señalar sus deficiencias.

Así, el 12 de septiembre de 1994, precisó los retos que debería resolver la democracia mexicana para seguir su avance.

- Mayor equidad en las condiciones de la contienda electoral.
- Fortalecimiento de un real sistema de partidos políticos.
- Concluir el proceso de la supresión de la presencia de los poderes públicos en los órganos electorales.
- Establecer reglas más precisas sobre el papel que juegan los medios masivos de comunicación en la contienda electoral.<sup>23</sup>

En efecto, el doctor Carpizo hacía suya una de las quejas más sentidas de los partidos políticos en 1994, las condiciones de equidad. Algunas situaciones como el acceso desigual de los partidos a los recursos públicos y el manejo de los medios de comunicación fueron los ejes temáticos de las mencionadas críticas.

El acceso desigual a los recursos públicos tuvo como argumento central que la deficiencia se centraba en que los partidos, por ley, debían entregar su informe respectivo de gastos de campaña hasta seis meses después del día de la elección. Mientras que en el manejo de los medios de comunicación, en particular, a los medios electrónicos, los monitoreos realizados reflejaron que existió un tratamiento desigual a los contendientes, teniendo la sobreexposición de uno de ellos.

Con estas deficiencias era claro que había todavía puntos por perfeccionar.

Fue hasta el 13 de noviembre de 2007, 13 años después del pronunciamiento de Jorge Carpizo, que el poder reformador de la Constitución atendió a este pronunciamiento. Para los comicios de 2000 y 2006 quedó

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 22.

de manifiesto que resultaba insostenible el acceso desigual a los medios de comunicación, tal y como lo había previsto quien fuera secretario de gober nación en 1994.

En efecto, tras lo complicado y controversial que resultó el proceso electoral federal de 2006, se vio como una necesidad atender a los planteamientos hechos por el doctor Carpizo. Parte del sustento de la reforma electoral de 2007 se encontró en hacer cambios al financiamiento público de los partidos, acortar la duración de las campañas electorales, regular el acceso de partidos y terceros a los medios masivos de comunicación, así como fortalecer las atribuciones de las autoridades electorales.<sup>24</sup>

Lo cierto es que en 1996 se tuvo la posibilidad de incorporar estas observaciones con la reforma electoral, y no se alcanzó. Se tuvo que esperar a que la crisis de financiamiento y de medios se agudizara para que, con la reforma electoral de 2007 y con un ambiente innecesario se tuviera que atender a lo planteado por el expresidente del IFE.

Lo hecho en 2007 y 2008 no fue más que el planteamiento de la urgente necesidad de legislar la desigualdad en los medios y el diferenciado trato en el financiamiento público de los partidos políticos, situación anunciada desde 1994.

Lejos de los reflectores y desde la trinchera académica el doctor Jorge Carpizo aportó elementos para consolidar la democracia en México, además, en sus observaciones se puede ver que, sin afán de afectar al sistema electoral —como sus detractores lo llegaron a considerar— aportó para que se diera una reforma equitativa —una reforma de tercera generación— en materia de equidad en la contienda electoral.

## X. CONCLUSIONES

No podemos imaginar la reforma electoral de 1994 sin hacer alusión a Jorge Carpizo, personaje que imprimió su toque personal a la construcción y consolidación del sistema electoral mexicano.

A través de su carácter conciliador se pudo gestar la participación de las fuerzas políticas en el armado de los temas, así como el desarrollo

<sup>24</sup> Astudillo, César, “El nuevo sistema de comunicación política en la reforma electoral de 2007”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Estudios sobre la reforma Electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 127.



constitucional y legal de los aspectos controversiales de la organización de los comicios. De ahí que lo realizado en la designación de los nuevos consejeros ciudadanos tuvo como principio buscar consenso entre las fuerzas políticas a manera que no existieran cuotas, ni vetos.

Como gran conocedor del derecho supo plasmar los aspectos contemplados en el Acuerdo Nacional por la Paz, la Justicia y la Democracia, en los cinco cambios a la máxima norma y 23 transformaciones legales. De modo que los temas que surgieron de las reuniones se plasmaron en lo que ya desarrollamos como función legislativa del IFE.

En su análisis posterior a los resultados electorales Jorge Carpizo determinó que existía una inequidad en la contienda electoral relativa al acceso a los medios de comunicación y al financiamiento. Adelantó la necesidad de reformar las desigualdades del sistema electoral mexicano, determinó como necesario fortalecer el sistema de partidos a través de generar igualdades en los derechos y prerrogativas de los partidos, claro, atendiendo a las condiciones y realidades del sistema electoral mexicano.

No cabe la menor duda que las reformas obedecen a las aptitudes y atributos de quienes las idean. Jorge Carpizo fue un hombre que desde cualquier espacio público ayudó a construir un Estado más fuerte. Muestra de lo anterior fue la reforma electoral de 1994, donde permitió observar el sentido político y legal que se debe desarrollar desde la dirección de la política interna del país.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL, Miguel, *Diccionario de Derecho Constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005.
- CARPIZO, Jorge *et al.*, *Elecciones, diálogo y reforma, México 1994*, t. I, México, Nuevo Horizonte Editores, 1995.
- Entrevista concedida por Jorge Alcocer el 15 de octubre de 2013 a la magistrada María del Carmen Alanís Figueroa.
- Evolución histórica de las instituciones de la Justicia Electoral en México*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2002.
- FIX ZAMUDIO, Héctor y ASTUDILLO, César (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional. Libro en homenaje al Doctor Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- HALL, Peter, *Policy Paradigms, Social Learning and the State: the Case of Economic Policy-Making in Britain: Comparative Politics*, vol. 3, núm. 25, 1993

LASWELL, H. y LERNER, D., *The Policy Sciences: Recent Development in Scope and Method*, Stanford University Press, 1951.

PIERSON, Paul, “When Effect Becomes cause: Policy feedback and political change”. *World Politics* 45, 1993.

SHEPSLE, Keneth, “Studying Institutions: Some Lessons from the Rational-Choice Approach”, *Journal of Theoretical Politics*, vol. 1, 1989.

*Testimonios sobre el desempeño del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y su contribución al desarrollo político democrático de México*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.

WOLDENBERG KARAKOWSKY, José, “La ciudadanía del IFE”, *Instituto Federal Electoral 20 años*, México, 2010.

———, *Historia mínima de la transición democrática en México*, México, El Colegio de México, 2012.

——— et al., *La mecánica del cambio político en México*, México, Cal y Arena, 2011.

### *Hemerografía*

ALCOCER, Jorge, “6 de julio. Ayuda de memoria”, *Reforma*, 10 de julio de 1994.

OROZCO MARTÍNEZ, Rodolfo, “La primera calificación de la elección presidencial por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, *Boletín del Centro de Capacitación Judicial Electoral*, año 6, núm. 4, julio-agosto de 2000.

*Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 2, julio-diciembre de 2012.

### *Internet*

BECERRA CHÁVEZ, Pablo Javier, “El sistema electoral mexicano: la reforma de 1994”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1761/3.pdf>.

CARPIZO, Jorge, “Algunos aspectos de la reforma electoral de 1994”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1043/6.pdf>.

## 1994: DIÁLOGO Y REFORMA. UN TESTIMONIO\*

Jorge ALCOCER V.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Diálogo y reforma*. IV. *Padrón electoral*. V. *Medios de comunicación*. VI. *Financiamiento público y gastos de campaña*. VII. *Integración de los órganos electorales*. VIII. *Revisión del funcionamiento del IFE*. IX. *Observadores electorales*. X. *Corolario*. XI. *Post scriptum (septiembre de 2013)*.

### I. INTRODUCCIÓN

Las “conversaciones de Barcelona”, como las llamó la prensa, tuvieron lugar del 8 de febrero al 26 de mayo de 1994. Antes de la primera sesión se llevó a cabo una reunión preparatoria en donde se convino, entre otras cosas, que en la mesa solo estuviesen representados los tres partidos de mayor votación en 1991 (PRI, PAN y PRD); que la representación del gobierno federal y del Instituto Federal Electoral estaría a cargo de Jorge Carpizo, secretario de gobernación y presidente del Consejo General del propio Instituto; dado que uno de los puntos a debate era el eventual cambio de director general del IFE, se acordó que Arturo Núñez Jiménez, director general en funciones, no participaría en las conversaciones; Carpizo, además de comunicar que se auxiliaría en esta tarea del subsecretario de desarrollo político, Tristán Canales Najjar, puso a consideración la presencia en las sesiones de un consejero personal con derecho a voz, cuestión que fue aceptada por los representantes de los tres partidos.

Las conversaciones tuvieron dos etapas claramente diferenciadas; el motivo de esta división temporal fue el atentado que el 23 de marzo de 1994 costó la vida a Luis Donald Colosio, candidato presidencial del

\* El texto original fue publicado en el libro compilado por el propio autor: *Elecciones, diálogo y reforma. México 1994*, México, Nuevo Horizonte Editores, 1995, vol. I. pp. 201-225.

PRI. Este hecho hizo que las conversaciones se interrumpieran; una vez reanudadas, se realizó un cambio en la representación del PRI y en la de la Secretaría de Gobernación.

Durante la primera etapa, cuyo término debe establecerse para fines prácticos en el desayuno celebrado el 18 de marzo de 1994 en la casa ubicada en Barcelona núm. 32 —calle que dio su nombre a las conversaciones—, los participantes fueron, por la Secretaría de Gobernación y el IFE, Jorge Carpizo y Tristán Canales; por el PRI, Fernando Ortiz Arana y Santiago Oñate Laborde; por el PAN, Carlos Castillo Peraza, Antonio Lozano Gracia y Felipe Calderón Hinojosa (tanto los representantes del PRI como los del PAN se alternaban en la asistencia, respetando siempre el número de dos por partido); por el PRD, Porfirio Muñoz Ledo y Ricardo Valero, y como consejero personal de Jorge Carpizo, Jorge Alcocer V.

En la segunda etapa, Tristán Canales fue sustituido por la nueva subsecretaria de desarrollo político, Beatriz Paredes, mientras que el PRI designó como sus representantes a José Francisco Ruiz Massieu y a Humberto Lira Mora, integrándose también de manera permanente a las conversaciones Arturo Núñez, director general del IFE. Para el tratamiento de algunos temas específicos, el PRD incorporó a Leonel Godoy y el PAN, a Ricardo García Cervantes. Además, tuvieron lugar diversas reuniones con especialistas en algunos temas como padrón electoral o medios de comunicación, a las cuales se invitó a dirigentes, asesores o ciudadanos conocedores de esas materias.

Para ofrecer un testimonio analítico comprensible, he preferido seguir un orden de presentación conforme a los temas tratados y no uno cronológico. En favor de esta decisión debo señalar que hubo temas cuyo debate comenzó en una fecha y su nueva discusión o desenlace se produjo semanas después.

De igual manera, con el fin de despersonalizar el relato y no ser infiel a la verdad, y partiendo de que para este testimonio la base fundamental son las notas manuscritas que tomé en cada sesión, he preferido referirme a los partidos y no a sus representantes; en cuanto a las autoridades, durante la primera etapa las intervenciones y propuestas corrieron a cargo del propio Jorge Carpizo y del autor de este ensayo, quien en todo momento contó con la autorización del doctor Carpizo, razón por la que tampoco distingo al ponente. En algún caso, cuando lo requiere la mejor comprensión del tema, cito por su nombre a los participantes.

Finalmente, por lo que a esta introducción se refiere y para los interesados en los detalles, cabe señalar que las conversaciones de Barcelona debieron mudar de sede en muchas ocasiones y trasladarse a las oficinas

de la presidencia del Consejo General del IFE; la razón: la constante filtración a la prensa de la fecha y hora de las reuniones.

## II. ANTECEDENTES

Las conversaciones de Barcelona constituyeron el prolegómeno de la tercera reforma electoral del sexenio de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) y la quinta en un periodo de poco más de 15 años (1978-1994). Su marco de referencia fue el Acuerdo Nacional por la Paz, la Justicia y la Democracia, firmado el 27 de enero de 1994 por ocho de los nueve candidatos presidenciales, a iniciativa de Jorge Carpizo, quien el 10 de enero del mismo año fue nombrado secretario de gobernación en sustitución de Patrocinio González Garrido. El motivo del cambio y detonador de la nueva reforma: el conflicto en Chiapas.

Conviene recordar que en 1993 el gobierno federal logró el consenso del PRI y del PAN para la segunda reforma electoral del sexenio, la cual fue considerada por ambos partidos como una base normativa satisfactoria para la realización de los comicios generales del año siguiente. Con la abierta oposición del PRD, esa reforma produjo cambios significativos en tres áreas:

- El Senado de la República: mediante la duplicación del número de sus integrantes y la creación de la figura de un senador de primera minoría por cada entidad federativa.
- La Cámara de Diputados: se derogó la llamada “cláusula de gobernabilidad” y se introdujo una nueva fórmula para el reparto de los diputados plurinominales, fijando en un máximo de 60% del total el número de curules para el partido mayoritario.
- La supresión del principio de autocalificación para el Poder Legislativo y la definición del Tribunal Federal Electoral como órgano encargado de resolver en definitiva las controversias.

El Consejo General del IFE, máxima autoridad electoral federal de México, empezó los trabajos preparatorios de la elección en noviembre de 1993, una vez que entraron en vigor las reformas constitucionales y reglamentarias antes comentadas.

A finales de noviembre de aquel año, el PRI designó como su precandidato a la Presidencia a Luis Donald Colosio Murrieta, quien había

sido presidente del Comité Ejecutivo Nacional del PRI de 1989 a 1992 y posteriormente secretario de desarrollo social en el gabinete del presidente Carlos Salinas. Su postulación desató una pequeña crisis en el grupo gobernante, la que, en apariencia, se resolvió con la salida de Manuel Camacho Solís de la jefatura del Departamento del Distrito Federal y su nombramiento como secretario de relaciones exteriores.

Por su parte, el PRD había designado mucho antes a Cuauhtémoc Cárdenas como su abanderado en la contienda por la Presidencia de México, mientras que el PAN postuló a Diego Fernández de Cevallos. El 8 de diciembre de 1993 Colosio rindió formal protesta como candidato priista, y para fines del año seis de los ocho partidos ya contaban con candidato presidencial.

El 1o. de enero de 1994 un grupo armado, hasta entonces desconocido, atacó y tomó las cabeceras de cuatro municipios del estado de Chiapas, lanzando ese mismo día un manifiesto (la “Declaración de la Selva Lacandona”) en nombre del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) que, firmado por el “subcomandante Marcos”, declaraba la guerra al gobierno federal y al ejército mexicano y exigía la renuncia de Carlos Salinas a la Presidencia de la República.

Entre el 1o. y el 9 de enero corrieron en paralelo dos líneas de acción por parte del Ejecutivo federal: la militar, con el despliegue de efectivos en dimensiones no vistas en muchos años en la zona de conflicto, y la política que, encabezada por Manuel Camacho, buscó el diálogo con los insurrectos y un pacto entre los partidos políticos nacionales para asegurar la realización de las elecciones de agosto de 1994, así como contener la inminente confluencia entre el perredismo beligerante y una fuerza armada que retaba al gobierno desde posiciones que de inmediato se identificaron como de izquierda.

Manuel Camacho, según diversos testimonios, prometió a los partidos opositores una reforma política profunda; en particular, al PRD ofreció el equivalente mexicano de los “Pactos de la Moncloa”, lo que, a decir de sus interlocutores, equivalía a “un cambio de régimen político”. Las interpretaciones de aquellas conversaciones iniciales siguen vigentes, pero lo cierto es que produjeron un viraje en la línea política del gobierno, el cual, por conducto del titular del Ejecutivo, anunció el 10 de enero la remoción del secretario de gobernación y su remplazo por Jorge Carpizo, así como el nombramiento del propio Manuel Camacho en el cargo de comisionado para la paz y la reconciliación en Chiapas; el día 12 se hizo pública la decisión del presidente de ordenar el cese unilateral del fuego en Chiapas.

El mismo 10 de enero de 1994 Jorge Carpizo tomó posesión y de inmediato se puso en contacto con los dirigentes y candidatos presidenciales de todos los partidos políticos. El 25 de enero el Acuerdo Nacional por la Paz, la Justicia y la Democracia quedó redactado y al día siguiente fue enviado a los candidatos; Fernández de Cevallos y Cárdenas lo suscribieron el 26; Colosio, en las primeras horas del 27, día en que fue dado a conocer por el secretario de gobernación. Así, las conversaciones de Barcelona quedaron abiertas.

### III. DIÁLOGO Y REFORMA

Como dije, las conversaciones no tuvieron un orden estricto en su agenda temática; en un principio se pensó en uno que siguiera el del propio Acuerdo del 27 de enero de 1994, pero pronto se comprobó que ello impediría abordar temas que por su naturaleza aparecían como de más urgente solución. De ahí que, habiendo sido el primero en la agenda, el último en llegar a su cabal término fue el tema relativo a la integración de los órganos electorales y a la revisión de la idoneidad de los funcionarios del IFE.

Otro factor, siempre subyacente en las conversaciones, fue la distinta valoración que cada partido dio a esta nueva etapa de la reforma electoral. Para el PRD se trataba de unos “Pactos de la Moncloa”, de sentar las bases para el “cambio de régimen político”, y aunque su conducta no reflejó cabalmente ese punto de vista, en el discurso siempre invocó los “acuerdos” a los que decía haber llegado con Manuel Camacho. Maximalista en el discurso, pragmático en la búsqueda de soluciones, al PRD se deben las iniciativas fundamentales que dieron cuerpo a la reforma electoral de 1994, así como buena parte de las nuevas prácticas puestas en acto en esa elección.

Para el PAN, las conversaciones de Barcelona y las reformas ahí pactadas eran producto de la circunstancia abierta por la situación en Chiapas. No fue fácil para la dirigencia del panismo reconocer que las reformas de 1990 y 1993, aprobadas por su partido, no habían sido suficientes para garantizar comicios imparciales y transparentes. Su primera reacción fue dejar la iniciativa en manos del PRD, pues como expresó su secretario general en metáfora ciclista, ellos veían la nueva reforma como una competencia contra reloj: dejarían al PRD tomar la delantera, para en el tramo final acelerar el paso y rebasarlo. Esas dos visiones estuvieron presentes durante todo el curso de las conversaciones y dieron lugar a no pocos momentos de tensión entre los participantes de ambos partidos.

El PRI fue el más sorprendido por la nueva reforma, sus reacciones fueron lentas, casi pasivas en un principio. Siguiendo sus reflejos históricos, el partido gobernante dejó la iniciativa en manos del secretario de gobernación, quien sin embargo les producía un natural desconcierto ya que públicamente Jorge Carpizo había reconocido su no militancia partidista. Sin embargo, cabe reconocer que la ausencia de iniciativa del PRI fue suplida con creces por su candidato presidencial, Luis Donaldo Colosio, quien asumió en forma personal y detallada el seguimiento de las negociaciones, guiado por la íntima convicción de que la reforma era necesaria, que había que dar a las oposiciones todas las garantías para la realización de comicios intachables el 21 de agosto de 1994.

Para Jorge Carpizo el objetivo siempre estuvo claro: había que llevar al sistema electoral mexicano a nuevas bases normativas y a nuevas prácticas que fueran producto del acuerdo entre las principales fuerzas participantes. Además, el conflicto en Chiapas solo podría encontrar cauce de solución si gobierno y partidos asumían la corresponsabilidad de preservar la paz y transitar hacia la democracia sobre bases decididas y aceptadas por todos.

Quien imagine que las conversaciones de Barcelona fueron terciopelo o miel sobre hojuelas, se equivocará. Muchos fueron los momentos de tensión, y en no pocos todo estuvo a punto de naufragar. Los motivos de conflicto en esa mesa no responden al simplista esquema PRI-gobierno *vs.* opositores, todo lo contrario, el conflicto fue múltiple, entrecruzado, pero siempre pudo resolverse gracias al esfuerzo y compromiso de todos los participantes, y en particular al de Jorge Carpizo, quien con atinada visión aceptó la temprana propuesta perredista para abrir un canal de comunicación bilateral con cada partido —“las conversaciones del confesionario” fueron denominadas por Muñoz Ledo—, así como para establecer con los otros partidos canales de diálogo bilateral nunca rotos.

He agrupado los temas tratados en las conversaciones de Barcelona en los siguientes apartados:

- Padrón electoral.
- Medios de comunicación.
- Financiamiento público y gastos de campaña.
- Integración de los órganos electorales.
- Revisión del funcionariado del IFE.
- Observadores electorales.



Una última advertencia a los lectores de este ensayo testimonial: reproduzco los hechos tal como los recuerdo, con la ayuda de las notas de mi libreta.

#### IV. PADRÓN ELECTORAL

En 1989 uno de los acuerdos iniciales de la primera reforma electoral del gobierno que empezaba su mandato fue la elaboración de un padrón electoral que “partiera de cero”. En 1991 el trabajo quedó concluido, aunque la credencial para votar no tenía la fotografía del titular. El apabullante triunfo del PRI en esas elecciones despertó en sus opositores la sospecha de que el padrón había sido manipulado. En 1992 el Consejo General del IFE acordó realizar la depuración integral del padrón y expedir una nueva credencial con fotografía para votar.

En agosto de 1993 el PRD, siempre crítico del padrón, propuso al Consejo General del IFE llevar a cabo una auditoría externa a dicho instrumento, así como al procedimiento de expedición y entrega de la nueva credencial. El presidente del Consejo turnó la propuesta a una comisión integrada por tres consejeros magistrados.

Al iniciarse las conversaciones de Barcelona el tema resurgió, pues estaba contemplado explícitamente en el punto 2 del Acuerdo del 27 de enero, que a la letra expresaba: “Plena confiabilidad del padrón electoral, de las credenciales y las listas nominales, dando las garantías que han sido demandadas por los partidos y la opinión pública, entre ellas el acceso permanente a las bases de datos e imágenes del Registro Federal de Electores (RFE) y a la auditoría externa del padrón respectivo”.

El PRD exigió la salida del director ejecutivo del RFE como primer paso hacia una solución; la propuesta fue rechazada por el PRI, y el PAN pidió no mezclar los temas y entrar a discutir el compromiso de la auditoría externa.

Se acordó entonces pedir un informe a los consejeros magistrados comisionados para elaborar las bases de tal auditoría. Para ello me entrevisté, por separado, con los integrantes de dicha comisión, quienes habían llegado a la formulación de unas bases, mismas que después de consultas con especialistas en esos temas y pláticas con el presidente del Consejo fueron consideradas insuficientes.

Ante esa decisión, el doctor Carpizo me encomendó la tarea de organizar un equipo que formulara nuevas bases para una auditoría externa

hecha por empresas independientes y supervisada por técnicos y científicos de reconocida independencia y capacidad. Consultores de amplia y probada experiencia en estos asuntos se hicieron cargo de la tarea técnica; por mi parte, formulé una lista de candidatos para integrar el grupo supervisor.

Aquí surgió el primer conflicto: los miembros de la comisión de consejeros magistrados se oponían a modificar el trabajo avanzado, incluso ya habían diseñado un cuerpo “ciudadano” de vigilancia integrado por tres consejeros magistrados y tres asesores técnicos. En un primer momento se exploró la posibilidad —propuesta por el PAN— de duplicar el número de especialistas y dejar en el comité a los tres consejeros magistrados; incluso hubo propuestas adicionales a las presentadas por el doctor Carpizo. Sin embargo, en una sesión posterior el PRD varió su postura y objetó la presencia de consejeros magistrados en el Comité Técnico del Padrón, argumentando que su propia permanencia en el Consejo General estaba a debate. El PAN se sumó a dicha objeción y el PRI manifestó su acuerdo, con lo cual se tomó la determinación de proponer un Comité Técnico conformado exclusivamente por especialistas en las materias vinculadas al padrón.

La propuesta para integrar el Consejo Técnico fue discutida en la mesa de Barcelona y se convino en elevar a once el número de sus miembros, por lo que a las personas propuestas en la lista original se sumaron cuatro más. En menos de una semana, trabajando a marchas forzadas, los consultores externos prepararon las bases para la licitación del contrato de la auditoría, que fueron entregadas como proyecto a los partidos. Todos propusieron cambios y adiciones al Proyecto de Bases que les fue sometido para su aprobación. En particular, el PAN amplió todo lo relativo a la auditoría de sistemas, control de entradas y salidas y creación de la base de imágenes; el PRD, por su parte, insistió en la incorporación de pruebas de calidad y certidumbre, así como en mecanismos que permitieran corregir las inconsistencias detectadas. En este último punto se trabó la búsqueda de un acuerdo aceptado por los tres partidos. Como la auditoría se basa para su realización en verificaciones muestrales, era imposible comprometer al RFE a corregir todas las inconsistencias que la auditoría arrojase, por la sencilla razón de que la muestra da cuenta de un valor estimado de error, pero no permite conocer los detalles de cada uno de los casos eventualmente afectados por el error o la inconsistencia, salvo para aquellos registrados en la muestra utilizada.

Por sugerencia del PAN y del PRD se acordó invitar a técnicos de cada partido para discutir el proyecto. Como apunté, el PAN hizo valiosas

aportaciones en materia de objetivos y alcances de la auditoría, en particular en lo referente al control de la base de imágenes del padrón y el debate sobre la viabilidad de contar con una lista nominal con fotografías de los ciudadanos. Hizo notar lo limitado del tiempo y la necesidad de ser flexibles en esa materia.

El PRD, cuya asesoría técnica se depositó, a partir de ese momento, en José Barberán, cambió drásticamente su postura: rechazó la auditoría externa y propuso —de manera verbal— un censo universal de domicilios y ciudadanos para verificar la confiabilidad del padrón. Su crítica central a la auditoría consistió en el argumento —cierto pero irrelevante para estos fines— de que la auditoría basada por metodología en un muestreo aleatorio no permitiría la corrección individualizada de los errores del padrón. Dos sesiones y múltiples argumentos técnicos no fueron suficientes para modificar la posición del asesor perredista.

Buscando un punto de encuentro con el PRD, por encargo del doctor Carpizo, organicé una reunión técnica con el señor Barberán, a la cual éste asistió acompañado del responsable de asuntos electorales del Comité Ejecutivo Nacional de su partido. Por mi parte, invité a dos reconocidos especialistas en auditoría informática y estadística. Fue inútil, después de cuatro horas de debate, Barberán no se movió un ápice de su propuesta de censo universal. Levantamos una minuta de la reunión y trasladamos la polémica a Barcelona.

El 28 de febrero de 1994 el Consejo General del IFE, con el voto en contra del PRD, aprobó las bases de licitación de la auditoría externa y la creación e integrantes del Consejo Técnico. Se especuló mucho en su momento sobre las causas que motivaron la declinación de dos empresas que, habiendo comprado las bases de licitación, finalmente decidieron no presentar propuesta. La verdad es que las empresas que se retiraron del concurso —Mancera, S.C. y Despacho Casas Alatraste— lo hicieron por razones estrictamente técnicas, sin que ello implicara descalificar la auditoría externa: Mancera, S.C. no pudo continuar por dos razones, la primera, de orden legal, es que en su consejo directivo participaba un dirigente nacional de un partido político, situación expresamente contemplada como impedimento en las bases de licitación; la segunda razón, que también motivó el retiro del Despacho Casas Alatraste, es que ambos consideraron demasiado limitados los plazos otorgados para la realización de la auditoría.

Ante el problema surgido por esa situación, el Consejo Técnico del Padrón propuso modificaciones a las bases de licitación a fin de preservar lo esencial de las tareas de auditoría, propuesta que, una vez aceptada por

el Consejo General, permitió al propio Consejo Técnico asignar el contrato a la empresa McKinsey de México, la cual, en asociación con otras siete empresas, llevó a cabo la auditoría externa.

Realizada con estricto apego a normas de aceptación general y concluida dentro de los plazos fijados, la auditoría externa estableció que el padrón electoral federal utilizado para la elección del 21 de agosto de 1994 contaba con una confiabilidad de 97.42%, y detectó, asimismo, que de las inconsistencias encontradas la mayoría de los casos se debían a cambios de domicilio que generaban duplicidad de registro y credenciales.

El debate sobre la auditoría externa ocupó la mayor parte del tiempo destinado en las conversaciones de Barcelona al tema del padrón. Sin embargo, otros asuntos fueron abordados en la mesa y dieron lugar a medidas prácticas de incuestionable significado. Por ejemplo, el cambio de fecha para el cierre del plazo de entrega de credenciales con fotografía para votar, que se adelantó al 12 de junio de 1994, con la finalidad de entregar a los partidos políticos —en cinta magnética el 30 de junio y en papel el 21 de julio— las listas nominales de electores definitivas.

De igual forma, se acordó, a propuesta del PAN y del PRD, ampliar el plazo de exhibición de las listas nominales preliminares por diez días naturales (del 1o. al 30 de abril). En el Consejo General del IFE, después de la clausura de los trabajos en Barcelona, se aprobaron nuevas medidas de control y verificación, entre las que destacan un nuevo periodo de exhibición de listas nominales en todas las oficinas municipales del país y la realización de un cotejo, con técnica muestral, entre las listas entregadas a las mesas directivas de casilla y las recibidas por los partidos políticos.

El 20 de julio de 1994, basado en un proyecto elaborado por los consejeros ciudadanos, con diez votos en favor y uno en contra, el Consejo General del IFE declaró válidos y definitivos el padrón electoral federal y las listas nominales de electores. En su informe final, el grupo de expertos enviados por la Organización de las Naciones Unidas avaló la calidad de los trabajos llevados a cabo por el RFE, así como la rigurosidad y el apego a los estándares internacionales de la auditoría externa. Por vez primera en muchos años, el padrón electoral mereció el reconocimiento de la mayoría de los partidos políticos nacionales y la certificación de técnicos y científicos.

## V. MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Pocos asuntos han sido motivo de mayor polémica y desacuerdo entre los partidos políticos, y entre éstos y la autoridad electoral, que el del acceso de los partidos a los medios electrónicos de comunicación. El debate se remonta a 1978 y resurge en cada proceso electoral. Como todo asunto complejo tiene varias aristas, varios puntos conflictivos que es necesario distinguir con precisión a fin de contar con una solución adecuada, misma que, a juicio de los analistas, los partidos y la propia autoridad electoral, no fue posible alcanzar en la elección de 1994.

Primero está el punto relativo a los derechos otorgados a los partidos por la legislación electoral. En esta materia la ley mexicana es de las más generosas del mundo, pues no solo otorga tiempos gratuitos durante las campañas electorales, sino que los estipula en forma permanente. Congruente con el principio de equidad, que no de igualdad, la ley asigna a los partidos tiempo gratuito en radio y televisión en función de su peso electoral, medido por los resultados obtenidos en la anterior elección federal. Es cierto que ello conduce a una situación desventajosa para los partidos más pequeños, pues los condena de manera irremisible a disponer de menor tiempo, lo que reduce a su vez sus posibilidades de acceso a la ciudadanía y por ende de mejores resultados. Pero también es cierto que un modelo estrictamente igualitario resultaría inaceptable para los partidos más grandes y para amplios sectores de la sociedad que verían como inexplicable que a un partido que apenas supera la barrera de 1.5% de votos, mínimo necesario para conservar su registro, se le asignara igual prerrogativa que a otros con mucha mayor votación y presencia social.

Existe otro problema, de mucho mayor peso y consecuencias para fines de una competencia electoral equitativa: desde su surgimiento, la radio y la televisión mexicanas han mantenido una fuerte liga de intereses con el grupo gobernante. El régimen de concesiones por el cual corresponde al Estado determinar en forma discrecional el otorgamiento o cancelación de los permisos de transmisión, así como la existencia de un mercado típicamente oligopólico en la televisión dominado por Televisa, ha contribuido de manera importante a configurar un esquema de privilegios en favor del partido gobernante, lo que además se ve reforzado por la permanente y abierta identificación entre dicho partido y el gobierno, en la que se asimilan personajes, hechos y símbolos como abierto mecanismo de propaganda.

Está también, y directamente conectado con lo anterior, el tratamiento que a los partidos y sus candidatos otorgan los espacios noticiosos de televisión y radio. Distintos estudios y sondeos han mostrado la abierta parcialidad de los noticiarios de ambos medios en beneficio del PRI y en demérito de sus adversarios. Sin llegar a los extremos de 1988, en 1994 esa situación se repitió, pese a los múltiples llamados de las autoridades electorales y a la aprobación unánime en el Consejo General, en febrero de 1994, de los lineamientos generales aplicables a los noticiarios de radio y televisión respecto de la información o difusión de las actividades de campaña de los partidos políticos.

En principio se acordó solicitar a la Comisión de Radiodifusión del IFE que, con el apoyo de la Dirección General de Radio, Televisión y Cinematografía (RTC) de la Secretaría de Gobernación, presentara una propuesta de tiempos y distribución de los mismos por partido en radio y televisión. El PRD hizo varias propuestas, entre las que destacan: crear un comité ciudadano de vigilancia de los medios; cambio de funcionarios en RTC y designación de los nuevos por consenso entre partidos y gobierno; discutir la integración y funciones de un Consejo Nacional de Radio y Televisión, y por último que se actuara políticamente desde el gobierno para levantar lo que consideraban “veto” a sus dirigentes y candidatos en dichos medios electrónicos.

Por su parte, el PAN propuso que los tiempos otorgados a los partidos fuesen distribuidos, tratándose de televisión, en tiempos preferenciales y que quedara abierta la posibilidad de cambiar tiempo continuo por mensajes promocionales tipo spot comercial.

El PRI se manifestó en favor de ampliar los tiempos gratuitos a los partidos en radio y televisión, conservando los criterios de distribución según lo establecido por la ley.

En una segunda ronda de análisis, el PRD propuso que el tiempo total que por ley corresponde al Estado en los medios electrónicos (12.5%) fuese asignado al IFE para fines del proceso electoral. Después de escuchar las explicaciones del doctor Carpizo sobre la disponibilidad real de tiempos para el Estado en radio y televisión, el PRD modificó su propuesta y planteó que la mitad de dicho tiempo fuese destinada como prerrogativa a los partidos políticos, 50% en partes iguales y el otro 50% proporcional a sus resultados en la elección federal de 1991.

El asunto fue debatido en varias reuniones; el retraso en la elaboración de la propuesta de RTC respecto del incremento de tiempos gratuitos operó como factor negativo para encontrar soluciones y provocó el endurecimiento de posiciones, en particular las del PRD, que propuso prohi-

bir de plano la contratación de tiempo comercial por cualquier partido. El PRI se opuso tajantemente a esa propuesta, con el argumento de que los tiempos comerciales eran un derecho de los partidos, contemplado incluso para la determinación del financiamiento público y los topes a los gastos de campaña. Se exploraron otras posibilidades, como fijar un límite al tiempo comercial contratable, pero no prosperaron ante la negativa del PRI.

Los acuerdos en esta materia no se lograron sino hasta la segunda etapa de las conversaciones, después de una reunión con los directivos de la Cámara Nacional de la Industria de Radio y Televisión (CIRT), a la que asistieron también los representantes de los partidos ante la Comisión de Radiodifusión del IFE. Lo central del compromiso fue el incremento de 180% en los tiempos gratuitos asignados a los partidos políticos respecto de lo otorgado en 1991; asignación, con cargo al presupuesto del IFE, de espacios promocionales en radio y televisión (con el acuerdo de la CIRT para otorgar un espacio gratuito por cada espacio pagado); la distribución de los espacios se haría por los tres mayores partidos, y suspensión de la propaganda en radio y televisión del Pronasol durante todo el mes de agosto.

Un acuerdo complementario, tomado casi al final de las conversaciones de Barcelona, tendría singular efecto positivo en lo relacionado con los medios de comunicación electrónica. Me refiero al nombramiento de Juan Molinar Horcasitas como director ejecutivo de Prerrogativas y Partidos Políticos del IFE. La propuesta fue hecha por el PAN de acuerdo con un convenio previo que le otorgó a ese partido el derecho de proponer a un director ejecutivo adjunto. El PAN solicitó primero proponer a un nuevo secretario general del IFE; luego, ante la renuncia del hasta entonces director de esa área, aceptó realizar la propuesta del nuevo funcionario.

La presencia de Juan Molinar dio un giro muy positivo a la actuación del IFE respecto a los medios de comunicación. A propuesta de los consejeros ciudadanos y del propio director ejecutivo, el Consejo General aprobó, en junio de 1994, la realización de un sondeo periódico para conocer la distribución del tiempo otorgado a las campañas electorales en los principales espacios noticiosos de la radio y la televisión. Ese sondeo operó como un eficaz instrumento de control sobre la proclividad de dichos medios a favorecer al partido oficial y a su candidato presidencial, habiéndose registrado cambios significativos en la asignación de tiempos en beneficio de una mayor equidad. Sin embargo, como reconoció el doctor Carpizo, en esta materia es mucho todavía lo que falta por pro-

fundizar: los avances de 1994 no lograron eliminar la abismal ventaja de que el PRI goza, en forma indebida, en materia de acceso a los medios electrónicos, ni el tratamiento diferenciado y evidentemente parcial que éstos dan en sus espacios noticiosos a cada partido político.

## VI. FINANCIAMIENTO PÚBLICO Y GASTOS DE CAMPAÑA

En este asunto las conversaciones de Barcelona poco aportaron, porque en enero de 1994, habiendo declarado fundado el Tribunal Federal Electoral un recurso interpuesto por el PRD contra el dictamen aprobatorio de los topes a los gastos de campaña presidencial, el Consejo General rediscutió el tema y redujo sustancialmente el tope establecido en un principio.

En virtud de esa situación, los partidos se limitaron a solicitar de parte del gobierno garantías de imparcialidad en el manejo de los recursos públicos. En concreto, y como producto de la discusión sobre el problema del uso indebido de fondos públicos en beneficio del partido oficial, se convino proponer al Congreso de la Unión la adición al Código Penal de un capítulo sobre delitos electorales. El proyecto fue elaborado por el PAN, y sometido a la consideración de la mesa de Barcelona, mereció la aprobación por consenso casi de inmediato.

La otra medida adoptada por consenso fue la de proponer al procurador general de la República el nombramiento de un fiscal especial para delitos electorales. Los primeros nombres analizados como posibles candidatos a ese cargo fueron Fernando Gómez Mont y Héctor Fix-Zamudio, propuestos por el PRI; José Campillo, Alberto Székely y José Agustín Ortiz Pinchetti, propuestos por el PRD; Jesús Zamora Pierce y Raúl Medina Mora, propuestos por el PAN.

Se integró entonces una primera terna: Raúl Medina Mora, Jesús Zamora Pierce y Juan Pablo de Tavira. Los dos primeros declinaron el ofrecimiento por razones diversas, mientras que respecto a la candidatura de Juan Pablo de Tavira, en ese entonces director del penal de alta seguridad de Almoloya de Juárez, el doctor Carpizo pidió que no se la mantuviese debido al problema que significaría removerlo del puesto que ocupaba.

Se exploraron entonces otros nombres, Olga Islas y Miguel Sarre, y se regresó al análisis de la candidatura de José Campillo, la que finalmente mereció el consenso de los tres partidos. Campillo aceptó en principio ocupar el cargo, pero problemas de salud, confirmados con posterioridad, le imposibilitaron aceptar el ofrecimiento. Con esa situación se ini-



ció un prolongado *impasse*: fueron analizados más de 30 posibles candidatos sin lograr el consenso, y en las pocas ocasiones en que se consiguió, el candidato no aceptaba, como fue el caso de Urbano Farías.

Ya concluida la reforma y con el Consejo General del IFE integrado conforme a las nuevas disposiciones constitucionales y legales, el presidente del Consejo obtuvo el acuerdo del PAN y del PRI para la candidatura de Ricardo Franco Guzmán, mientras que el PRD no se sumó a él pero aceptó no objetar la propuesta. Así, el procurador general de la República nombró al doctor Franco responsable de la Fiscalía Especial para Delitos Electorales, que inició sus tareas en el mes de julio, a tan solo unas semanas de las elecciones.

## VII. INTEGRACIÓN DE LOS ÓRGANOS ELECTORALES

Éste fue el tema crucial de la reforma electoral de 1994 y en el que las conversaciones de Barcelona arrojaron resultados de mayor trascendencia. Puede afirmarse que la “ciudadanización” de los órganos electorales, promovida por Jorge Carpizo, constituyó la piedra de toque de las reformas aprobadas en 1994.

No es un hecho menor el que desde 1978 el problema de la integración de los órganos electorales haya estado siempre sobre la mesa de discusión entre los partidos y entre éstos y el gobierno federal. En las reformas anteriores (1978-1993) el gobierno y su partido siempre buscaron y lograron preservar el control de los órganos electorales en todos los niveles.

La creación del IFE tuvo, entre otros, el objetivo de garantizar la imparcialidad de los órganos electorales. Para ello fue creada la figura de los “consejeros magistrados”, como parte integrante del Consejo General que, por su número y procedencia, debían ser la garantía de que ningún partido, o alianza formal o informal de partidos, o de éstos con los representantes de los poderes públicos, tendría mayoría predeterminada en el máximo órgano de dirección electoral de México.

Sin embargo, en 1990 el gobierno retuvo la facultad exclusiva de propuesta de los candidatos a consejero magistrado, lo que a juicio del PRD constituyó un mecanismo de control de esos funcionarios electorales por parte del Ejecutivo; ello, sumado a la mayoría priista en la Cámara de Diputados, responsable del nombramiento definitivo, cerraba el círculo de control estatal sobre el Consejo General del IFE.

La integración del funcionariado del IFE fue el primer tema de la agenda en la mesa de Barcelona, en correspondencia con el compromiso

inicial del Acuerdo del 27 de enero de 1994, que a la letra decía: “Imparcialidad de las autoridades electorales, eligiendo o ratificando para cada uno de los niveles a ciudadanos aptos y honestos. El criterio que guiará el nombramiento o ratificación citados será el de la consulta y el consenso entre las fuerzas políticas”.

Lo primero fue determinar los alcances del debate. Para el PRI se trataba de una revisión puntual de los funcionarios, no de discutir la integración que por mandato de ley tenía el Consejo General. Para el PAN era necesario discutir ambas cosas: la idoneidad del cuerpo de funcionarios profesionales en todos los niveles, pero también la de los integrantes del Consejo General, razón por la que se pronunció por la posibilidad de introducir cambios en la composición del Consejo General. El PRD fue el que desde un principio exigió tratar el tema en su conjunto: el senador Muñoz Ledo planteó la necesidad de recuperar el consenso forjado en 1989 en torno a la garantía de imparcialidad del Consejo General del IFE, así como discutir desde la presidencia del Consejo hasta la representación de los partidos políticos, pasando desde luego por la representación de las cámaras y los consejeros magistrados; postuló igualmente la exigencia de someter a revisión la Junta General Ejecutiva del IFE y la solicitud de cambio de director general y de secretario general del Instituto.

En un primer intercambio de ideas, el PRI manifestó su rechazo a las propuestas del PRD y exigió ceñir las pláticas al texto literal aprobado en el Acuerdo del 27 de enero de 1994. Pero una vez que la representación panista apoyó la moción del PRD para discutir la integración del Consejo General del IFE y para cambiar al director general, el PRI modificó su postura y aceptó la revisión de los dos aspectos: integración y funcionariado.

Ante la vastedad del tema, y considerando que el proceso electoral de 1994 ya había comenzado, el doctor Carpizo propuso una metodología de trabajo a fin de garantizar resultados en el más breve plazo: una mesa paralela a la de Barcelona, con representantes de los tres partidos y funcionarios de alto nivel de la Dirección Ejecutiva del Servicio Profesional Electoral, se encargaría de recibir las objeciones contra funcionarios electorales y consejeros ciudadanos de los órganos desconcentrados del IFE, consejos locales y distritales y juntas ejecutivas en ambos niveles. Se fijaron para ello normas de funcionamiento, acordándose que las objeciones deberían ser precisas y fundadas, que las sustituciones se harían por consenso y que las propuestas de relevos las haría la Dirección del Servicio Profesional Electoral, conforme a las normas establecidas en el Estatuto del Servicio Profesional Electoral. Los dirigentes de los partidos

discutirían en la mesa de Barcelona todo lo relativo a la integración del Consejo General del IFE y de la Junta General Ejecutiva, incluida la propuesta de cambio de director general.

Durante todo febrero se produjeron múltiples debates al respecto, y el doctor Carpizo, a propuesta de Porfirio Muñoz Ledo, inició consultas privadas con los dirigentes de los tres partidos en búsqueda del consenso para un nuevo director general. Muñoz Ledo sugirió que se dejara en manos del presidente del Consejo la formulación de esa propuesta y que los vetos a cualquier candidatura no se hicieran públicos. El propio Muñoz Ledo entregó a Carpizo una lista con diez posibles candidatos a la Dirección General del IFE, la mayoría de los cuales no habían sido consultados al respecto; la propuesta incluía, entre otros, a Octavio Paz, Carlos Fuentes, Gabriel Zaid, Enrique Krauze, Jorge Castañeda, Pablo González Casanova y Julio Faesler. El PAN presentó una terna de candidatos: Jorge Alcocer, José Woldenberg y Juan Molinar. El PRI, por su parte, manifestó su apoyo a la continuidad de Arturo Núñez Jiménez al frente de la Dirección General; una vez que se estableció que no había consenso para tal propuesta, se manifestó en favor de dos de los candidatos propuestos por el PAN: Jorge Alcocer y José Woldenberg.

Respecto de la integración del Consejo General se estudiaron diversas opciones:

- Atemperar aún más la representación de los partidos ante el Consejo General, de forma tal que el PRI conservara tres votos, el PAN dos y los partidos con registro definitivo un voto cada uno, dejando todo lo demás igual.
- Establecer la igualdad de los partidos, con un representante con voz y voto, aumentando a nueve el número de consejeros magistrados y dejando igual la representación de los poderes públicos.
- Privar de voto a los partidos, estableciendo la igualdad de representación; los poderes públicos conservarían su representación y los consejeros magistrados seguirían siendo seis.

Respecto de los órganos desconcentrados de dirección, locales y distritales, la propuesta original del PAN y del PRD era derogar el artículo 18 transitorio de la reforma al Cofipe de septiembre de 1993 y pasar a integrar esos consejos con nueve consejeros ciudadanos, dos funcionarios electorales con voz y voto y los representantes de los partidos políticos en el número y con las mismas facultades acordadas para el Consejo General.

El punto relativo al cambio en la presidencia del Consejo General, que por ley corresponde al secretario de gobernación, fue presentado en la mesa por el propio doctor Carpizo. Después de múltiples consideraciones, el PAN y el PRD presentaron la propuesta para que —debido a la no militancia partidista de Jorge Carpizo y considerando las particulares condiciones en que los comicios de 1994 debían llevarse a cabo— la ley no fuese modificada y Jorge Carpizo continuara al frente del Consejo General, en lo que de inmediato se logró el consenso.

Respecto de la representación de las cámaras federales, la fórmula de 1993 había sido una solución *ad hoc* que los tres mayores partidos consideraban adecuada: el PRI contaba con un consejero de cada Cámara, el PAN con un consejero diputado y el PRD con un consejero senador —el propio Muñoz Ledo—, lo que se traducía en un equilibrio de suma cero entre la mayoría y sus opositores en el caso de votaciones divididas. Por esas consideraciones, se convino en dejar inalterada la fórmula.

Quedaban entonces dos cuestiones por analizar y resolver: la de los consejeros magistrados y la de la representación de los partidos. El PRD propuso que se suprimiera el requisito constitucional que obligaba a los consejeros magistrados a ser profesionales del derecho, y que su denominación se cambiara por la de “consejeros ciudadanos”. El PRI manifestó reservas respecto de esa propuesta debido a que su corolario inmediato sería discutir el relevo de los consejeros magistrados que habían sido nombrados en 1990 para un periodo de ocho años. El PAN inclinó la balanza en favor de la propuesta perredista al manifestar su abierto apoyo a la idea de relevar a los seis consejeros magistrados, por considerar que su desempeño no había satisfecho las expectativas que se habían generado con su nombramiento; el PRI expresó entonces su aceptación a la modificación del artículo 41 constitucional, con lo cual el camino para nombrar a nuevos consejeros quedó abierto.

Respecto de la representación de los partidos, el primer consenso obtenido fue en relación con la propuesta panista de representación igualitaria, es decir, un voto por partido. De esa forma, se convino que el número de consejeros ciudadanos en el Consejo General fuese de seis, al igual que en los consejos locales y distritales. Después de un tímido intento para explorar la posibilidad de que los seis consejeros magistrados permanecieran en su cargo, ahora con el nombre de consejeros ciudadanos, el PRI aceptó la nueva fórmula y el consenso quedó establecido, pasándose entonces a discutir el mecanismo para su designación. Jorge Carpizo informó de que no había objeción por parte del presidente de la República en renunciar a la facultad que la ley le otorgaba para presentar las can-

didaturas, dejando abierta la posibilidad de que los partidos acordaran otro mecanismo. Se llegó así a una fórmula práctica y a una solución legal: por única vez sería en la mesa de Barcelona donde se recibieran y analizaran las propuestas; quienes fuesen designados durarían en el cargo hasta noviembre de 1994 y la ley sería reformada para dar a los grupos parlamentarios en la Cámara de Diputados el derecho de propuesta.

Se convino en no establecer cuotas de candidaturas por partido, sino realizar un intercambio libre de propuestas, en las que de manera expedita cada partido manifestara su aceptación o veto; si el candidato no era objetado por nadie, se le consideraría aceptado en principio y después se haría una segunda selección hasta arribar a la propuesta de los seis candidatos que sería enviada a la Cámara de Diputados.

Sin embargo, por razones internas, el PAN no pudo sostener su postura respecto de la integración del Consejo General. Su Comité Ejecutivo Nacional y su candidato presidencial se opusieron terminantemente a dar trato igual a todos los partidos en el Consejo General; por esa razón el PAN manifestó que estaba dispuesto a sumarse a la propuesta que de manera conjunta elaborasen el PRI y el PRD. El PRI propuso regresar a la fórmula de una atemperada representación proporcional para los partidos, los cuales conservarían derecho a voz y voto en el Consejo. El PRD estiró entonces la cuerda al extremo: propuso la cancelación del voto de los partidos y la representación igualitaria, de forma tal que fuesen los seis consejeros ciudadanos quienes de manera automática tuviesen mayoría de votos en el Consejo.

Jorge Carpizo manifestó su simpatía por la propuesta del PRD, ya que a su juicio salvaba el problema de que los partidos fuesen en los comicios federales jueces y parte, y al mismo tiempo daba a todos garantía de imparcialidad por la vía más directa y transparente, el voto mayoritario de los consejeros ciudadanos en el Consejo General. Después de rápidas consultas con su candidato presidencial, Luis Donaldo Colosio, y con otros miembros de su dirección nacional, el PRI aceptó la propuesta y el consenso quedó firme.

En sesiones previas al 18 de marzo de 1994 se analizaron las candidaturas de por lo menos 50 ciudadanos; el más prolífico en cuanto a propuestas fue el senador Muñoz Ledo quien, aprovechando el compromiso de que no habría un criterio de cuotas, desplegó una batería que incluía por igual a personajes de la literatura y las ciencias, expolíticos, exfuncionarios y activistas de grupos cívicos.

El 14 de marzo, después de una prolongada sesión que concluyó a las 3:30 de la mañana del día 15, se llegó a una lista de consenso de seis can-

didatos: Carlos Fuentes, Federico Reyes Heroles, Gabriel Zaid, Miguel Ángel Granados Chapa, Miguel León-Portilla y Enrique Krauze. Fuentes fue propuesto por el PRD y de inmediato fue aceptado por el PAN y el PRI; Reyes Heroles fue propuesto por el PRI; Zaid y Krauze, por el PAN; Granados Chapa fue sugerido por el PRD y el PAN lo aceptó de inmediato, y Miguel León-Portilla fue propuesta del doctor Carpizo, la cual fue aceptada rápidamente por los tres partidos.

Se elaboró una lista adicional de candidatos, en orden de prelación para el caso de que alguno o algunos de los seis propuestos como propietarios no aceptase. La lista quedó integrada por Alonso Lujambio, José Woldenberg, Fernando Zertuche, Jorge Adame, José Campillo y Javier Wimer. El PRD propuso una heterodoxa fórmula que hacía al escritor Luis Villoro suplente automático de Carlos Fuentes, en el caso de que éste no aceptara; tanto el PRI como el PAN se opusieron. El asunto motivaría después agrios reclamos por parte del PRD, el cual pidió que todo el asunto quedara *ad referendum* pues aún debía realizar varias consultas.

El 15 de marzo, al reiniciarse la sesión de análisis de propuestas, Muñoz Ledo intentó someter todos los nombres aprobados el día anterior a una nueva revisión. Finalmente se logró un consenso definitivo en torno a la integración del Consejo General del IFE, lo que permitió que, sin mayores tensiones, el PAN y el PRI desecharan la pretensión perredista. Se acordó dar un orden de prelación a la lista de los seis ciudadanos aprobados en la sesión previa, el cual quedó así: Carlos Fuentes, Miguel Ángel Granados Chapa, Enrique Krauze, Miguel León-Portilla, Federico Reyes Heroles y Gabriel Zaid. Respecto de las propuestas de sustitución, vista la postura del PRD que pretendía dictar el orden al que debería acudir en caso de negativa de alguno de los seis aprobados, en beneficio de sus propias promociones, se acordó que en caso de ser necesario se volvería a analizar el tema. Se facultó entonces a Jorge Carpizo para hablar con los ciudadanos propuestos.

El tema de la Dirección General del IFE había sido analizado en repetidas ocasiones, sin que se hubiese podido llegar a ningún acuerdo. El PRD insistía en promover para ese cargo a alguno de los ciudadanos incluidos en su propuesta original, y expresó en reuniones privadas su oposición a las candidaturas de Jorge Alcocer y de José Woldenberg; este último declaró en una carta publicada en el diario capitalino *La Jornada*, ser ajeno a cualquier aspiración a ocupar la Dirección General del IFE, por no cumplir con uno de los requisitos exigidos por la ley. El otro candidato propuesto en la terna del PAN, el académico Juan Molinar, tampoco contaba con uno de los requisitos exigidos por la ley, por lo que su candidatura fue igualmente retirada.

Jorge Carpizo sostuvo varias reuniones bilaterales con los dirigentes partidistas, así como, en el caso del PRD, con su candidato presidencial Cuauhtémoc Cárdenas. Según testimonio de algunos de los participantes en ellas, las posiciones respecto de la sustitución del director general quedaron así: el PRI manifestó su anuencia a que se realizara la sustitución de Arturo Núñez e hizo suya la candidatura de Jorge Alcocer promovida originalmente por el PAN; este último cerró al final su propuesta y mantuvo a Alcocer como único candidato; por su parte, el PRD, aunque nunca lo hizo en forma abierta, en privado expresó al doctor Carpizo su veto a esa candidatura, por la razón de que Cárdenas se oponía tajantemente debido a las diferencias políticas que habían llevado a Alcocer a abandonar el PRD en diciembre de 1990.

El 18 de marzo se realizó un desayuno en la casa de Barcelona. Muñoz Ledo, que llegó muy tarde, informó de sus problemas dentro del PRD: el ingeniero Cárdenas se negaba a apoyar los consensos alcanzados y lo haría público en un mitin que se realizaría esa misma tarde en el Zócalo, con motivo del aniversario de la expropiación petrolera. Muñoz Ledo, realmente irritado por esa situación, informó de que comprometía su palabra de mantener los consensos; “si pierdo, renunciaré a la presidencia del PRD”, expresó enfático delante de todos los asistentes.

El 21 de marzo, al hablar en nombre de los tres poderes de la Unión, Jorge Carpizo presentó un balance de lo alcanzado en las conversaciones de Barcelona y despejó las dudas que aún quedaban sobre un eventual periodo extraordinario de sesiones del Congreso de la Unión: habría reforma constitucional para dar base jurídica a la reforma electoral más profunda que se hubiese acordado desde que en 1978 don Jesús Reyes Heróles abrió el ciclo que todavía no concluye.

El 23 de marzo de 1994 Luis Donald Colosio cayó abatido por las balas de un misterioso asesino, el país entero quedó conmocionado. Las reuniones de Barcelona se suspendieron, nadie sabía hacia dónde se caminaría el futuro político de México.

Las conversaciones se reanudaron a finales de abril, ya designado Ernesto Zedillo como candidato del PRI y una vez realizados algunos cambios en la dirigencia de su partido: Ignacio Pichardo sustituyó a Fernando Ortiz Arana en la presidencia del CEN, mientras que José Francisco Ruiz Massieu se hizo cargo de la Secretaría General, en el área electoral quedó Humberto Lira Mora; estos dos últimos se incorporaron a partir de entonces y hasta su conclusión a la mesa de Barcelona.

El primer tema reabordado fue el de la designación de los seis consejeros ciudadanos; de la lista aprobada en marzo solo Miguel Ángel

Granados Chapa, con algunos condicionantes, y Federico Reyes Heróles aceptaron la invitación. Enfrentados a esa situación, los representantes partidistas se enfrascaron en una prolongada interpretación de las suplencias que habían acordado. El PRD insistió en hacer valer una sugerencia de Muñoz Ledo, que daría a dos de sus candidatos una especie de “pase automático”. El PAN y el PRI la rechazaron con el argumento de que había sido la propia representación perredista la que había dejado en suspenso el acuerdo al respecto.

Finalmente se acordó realizar una nueva ronda de análisis de propuestas. Se examinaron primero las dudas planteadas por Granados Chapa en carta dirigida al doctor Carpizo y se resolvió proponer la modificación del texto legal que impedía a los consejeros ciudadanos desempeñar cualquier actividad remunerada al servicio de particulares; con ello, y después de un intento de objeción a esa candidatura, que nada tenía que ver con los elementos objetivos que venían guiando los trabajos al respecto, quedó aprobada la candidatura de Granados Chapa.

En cinco reuniones se analizaron más nombres, el problema era que al menos uno de los tres partidos tenía algún tipo de reserva, lo que impedía el consenso y postergaba el acuerdo. El 9 de mayo, Carpizo conminó a los partidos a llegar a un acuerdo y se ausentó de la sesión para reunirse con los representantes de los otros seis partidos. El acuerdo final se produjo días después. El PRI informó que dejaría para lo último una objeción a la candidatura de Federico Reyes Heróles, por lo que se pasó entonces a considerar otras propuestas. Fernando Zertuche, propuesto por el PRD, fue aceptado sin objeciones por el PRI y por el PAN, por lo que se le consideró aprobado. El PAN presentó una primera terna de candidatos integrada por José Woldenberg, Santiago Creel —quien sustituyó a Alonso Lujambio— y Jorge Alcocer; ante la renuencia perredista a considerar la candidatura de este último, el PAN propuso entonces a Juan Molinar Horcasitas, solo que éste no reunía todos los requisitos de ley. Finalmente quedaron dos candidaturas presentadas por el PAN, Woldenberg y Creel.

Santiago Creel fue aceptado por el PRI, mientras que el PRD condicionó la aceptación de Creel al retiro de la candidatura de Woldenberg. En un principio Ruiz Massieu se sumó a esa posición, pero ante la insistencia del PAN y un viraje en la posición perredista, modificó su postura. Muñoz Ledo propuso una fórmula de acuerdo: el PRD aceptaría a Creel y a Woldenberg si el PAN y el PRI aceptaban cualquiera de dos candidaturas, la de José Agustín Ortiz Pinchetti o la de Alberto Aziz. El PAN aceptó la propuesta y dejó al PRI la iniciativa de optar entre cualquiera



de las dos; después de algunas consultas, Ruiz Massieu optó por Ortiz Pinchetti y el paquete de candidaturas aceptadas llegó a cinco.

Fue entonces cuando Ruiz Massieu, como después fue público, objetó a Federico Reyes Heróles por haber celebrado un contrato de servicios con la Presidencia de la República relativo a encuestas electorales, lo cual a su juicio establecía duda fundada sobre su imparcialidad. Los representantes del PAN y del PRD estuvieron de acuerdo con la objeción y Ruiz Massieu aceptó la solicitud de Carpizo de que fuera él quien informara personalmente al afectado. Acto seguido el PRI presentó dos candidaturas, la de José Luis Soberanes y la de Ricardo Pozas Horcasitas; finalmente Pozas fue aceptado por los otros dos partidos, con lo que se cerró este capítulo de la reforma.

El acuerdo acerca de los suplentes de los consejeros ciudadanos se resolvió en forma operativa, dejando a cada partido la propuesta de dos candidaturas.

Todavía se realizó, a iniciativa del PRD, un intercambio final de opiniones sobre la posibilidad de cambiar al director general del IFE. La posición de Jorge Carpizo fue tajante y contó con el apoyo del PAN y del PRI: solo había un candidato con posibilidad real de asumir el cargo a esas alturas del proceso electoral, Jorge Alcocer, pero el PRD lo “vetaba”; a pesar de todos los argumentos que se expusieron en la mesa, el PRD no modificó su posición.

Finalmente, se tomó el acuerdo de otorgar al PAN la capacidad de propuesta exclusiva para designar a un director ejecutivo adjunto; sin embargo, ante la renuncia de Alberto Salgado Loyo a la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos, el PAN aceptó proponer al nuevo director, y la designación recayó en Juan Molinar Horcasitas.

Una vez aprobadas en la Cámara de Diputados, con el voto favorable de cinco fracciones parlamentarias, las propuestas de candidatos a consejeros ciudadanos, el 3 de junio de 1994 se realizó la primera sesión del Consejo General del IFE con la nueva estructura; en la misma sesión el Consejo General nombró a Juan Molinar para el cargo mencionado.

## VIII. REVISIÓN DEL FUNCIONARIADO DEL IFE

Éste fue uno de los puntos que más trabajo requirió y que generó momentos de gran tensión en las conversaciones de Barcelona. No de manera casual, habiendo sido el primer punto en que los participantes llegaron a un

acuerdo metodológico, fue el que más tarde concluyó. Las desavenencias provinieron tanto de los criterios que el PRD y el PAN pretendían aplicar en la revisión del funcionariado, como de las sucesivas prórrogas que debieron acordarse en aras de mantener las conversaciones.

Desde un principio se acordó que las impugnaciones que presentaran los partidos deberían estar fundadas en pruebas fehacientes, que no se admitirían impugnaciones genéricas ni en bloque, y que todos los funcionarios no impugnados dentro del plazo convenido se considerarían ratificados en sus puestos, al igual que aquellos que, habiendo sido impugnados, no se hubiese alcanzado el consenso para su sustitución. Los partidos resolvieron también que, tratándose de vocales ejecutivos, se sujetarían a los procedimientos de sustitución, admisión y promoción establecidos en el Estatuto del Servicio Profesional Electoral, mientras que en los casos de consejeros ciudadanos de los órganos locales y distritales, se aceptarían propuestas provenientes de las direcciones correspondientes de los partidos políticos.

Para tal efecto se instaló una mesa paralela con representación de los tres partidos y de las direcciones de Organización Electoral y del Servicio Profesional Electoral del IFE. Dicha comisión trabajó en forma ininterrumpida desde febrero hasta junio de 1994. El primer plazo fijado para presentar impugnaciones fue el 8 de marzo, pero debió ampliarse ante la insistencia del PRD y del PAN. Ahí se generaron problemas que provocaron gran inestabilidad en el Servicio Profesional Electoral y confusiones de no poca monta en la opinión pública. Para empezar, pese al acuerdo metodológico adoptado, con base en un supuesto estudio muestral, el PRD concluyó que más de 70% de los funcionarios electorales y de los consejeros ciudadanos “eran de filiación priista”, lo que lo llevó a la presentación de objeciones en bloque, sin siquiera incluir los nombres de los funcionarios impugnados.

El PAN enfiló su estrategia por otro camino y preparó impugnaciones, no siempre fundadas pero con mayores elementos de juicio, contra funcionarios en estados clave para la votación panista. Se llegó a dar el caso de que un funcionario estatal impugnado en México fuera reivindicado por las direcciones locales de los impugnadores y se hizo necesaria su restitución en el cargo.

Contra lo pactado, el PRD filtró en repetidas oportunidades a la prensa nacional nombres de funcionarios electorales cuyos casos estaban sujetos a análisis, provocando así la indignación de los afectados y una fuerte inestabilidad en el conjunto del aparato electoral. Casi al final de las negociaciones, y como resultado de conflictos internos en el PRI, el repre-

sentante de dicho partido aceptó propuestas de los otros dos que en un principio había rechazado; la situación se agravó.

Después de múltiples debates y de un permanente estira y afloja de las autoridades electorales, se convino en la sustitución de 34 vocales ejecutivos locales, 212 distritales y 122 consejeros ciudadanos de ambos niveles. En no pocos casos, las propuestas de sustitución provinieron de los propios partidos políticos. Para el PRD ese número era insatisfactorio y así lo hizo notar en sucesivas reuniones del Consejo General y ante los medios de comunicación.

Una evaluación más objetiva de ese proceso de cambios daría cuenta de que las comparaciones en las que el PRD basó su juicio negativo son en extremo cuestionables. Por un lado comparaba la cantidad de cambios con el total de funcionarios y consejeros ciudadanos, siendo que nunca se fijó una meta cuantitativa ni en números absolutos ni en relativos; por otro, comparaba con el número de impugnaciones presentadas por ellos, omitiendo que la mayoría de ellas fueron en paquete, sin considerar más argumento que el supuesto estudio muestral al que me he referido.

Un último caso ilustra los problemas a que se enfrentó este proceso. En la última de las reuniones celebradas al amparo del Acuerdo del 27 de enero de 1994, el PRD condicionó su aceptación de todo el paquete final a la remoción del vocal ejecutivo del Distrito Federal, quien por ley preside el correspondiente Consejo Local. Apoyado por el PAN, exigió que en ese momento se decidiera nombrar a un nuevo funcionario. Los argumentos de Jorge Carpizo sobre lo tardío y riesgoso que resultaba realizar ese cambio en la entidad capital del país no fueron aceptados. El PRI aceptó finalmente el cambio y pidió que la propuesta la realizara el propio Carpizo, quien propuso entonces a Jorge Alcocer. El PAN y el PRI aceptaron de inmediato, el PRD vetó la propuesta y retiró su demanda de cambio.

## IX. OBSERVADORES ELECTORALES

Este tema fue tratado en la reforma electoral de septiembre de 1993. Su origen no es lejano pues se remonta a las experiencias iniciadas en los comicios locales celebrados entre 1989 y 1993 en los cuales, en forma creciente, diversos ciudadanos, con y sin partido, promovieron la formación de grupos cívicos de observación electoral para vigilar la limpieza de los comicios. En 1991, en la elección federal intermedia, algunos de esos gru-

pos actuaron en varias entidades, particularmente en el Distrito Federal y en estados de alta conflictividad como Guerrero, Michoacán, San Luis Potosí y Yucatán.

La apreciación de esos grupos, hasta el momento de la reforma de septiembre de 1993, era disímbola; el PRI los consideraba instrumentos del PRD, mientras que el PAN guardaba justificado recelo ante la innegable presencia de connotados dirigentes perredistas, o abiertos simpatizantes del perredismo, en las filas de esos grupos cívicos. Desde el PRD esos grupos recibían abierto respaldo y, en no pocas oportunidades, apoyos de diverso género.

Las leyes electorales previas al Cofipe, y este último, no contenían disposición expresa en ese sentido, por lo que los grupos de observadores se organizaban al amparo del derecho constitucional de libre participación política. De ahí que en la reforma de 1993, el PRI y el PAN hayan coincidido en una normatividad en extremo restrictiva, al grado de que el registro como observador electoral, que se limitaba a título individual, terminaba restringiendo derechos constitucionales.

Esa normatividad provocó airadas y justificadas protestas de los grupos más protagónicos y mejor organizados, quienes amenazaron con solicitar el amparo de la justicia federal y exigieron una reglamentación mucho más flexible. El PRD hizo eco de esas demandas y planteó incluso la aceptación de observadores extranjeros. La resistencia del PRI a esas propuestas terminó cuando su candidato presidencial, Luis Donald Colosio, asumió como propias las exigencias de los grupos de observadores y aceptó la presencia de observadores internacionales.

El acuerdo se produjo entonces sin mayores contratiempos, la reglamentación en el Cofipe —artículo 5o.— fue modificada en aras de una casi total flexibilidad en dos asuntos de particular interés para los grupos de observadores: el registro ante el IFE y los cursos de capacitación. Pero el presidente del Consejo General del IFE fue incluso más lejos y solicitó a la Organización de las Naciones Unidas el envío a México de dos misiones técnicas, una para realizar un dictamen sobre el sistema electoral mexicano, y la segunda para brindar asesoría técnica y apoyo financiero a los grupos nacionales de observadores. Ambas solicitudes fueron aceptadas y en mayo de 1994 llegaron a México dichas misiones, la segunda de las cuales fue presidida por el doctor Horacio Boneo, jefe de la Oficina de Asistencia Electoral de la ONU.

El resultado fue notable: 81620 ciudadanos solicitaron y obtuvieron su registro como observadores nacionales para las elecciones del 21 de agosto, más de 15 grupos actuaron en diversas entidades del territorio

nacional, y varios de ellos realizaron conteos rápidos en la noche de la elección, los cuales coincidieron con el efectuado por el propio Instituto. Es cierto que varios de esos grupos no pudieron sustraerse de la conflictiva situación electoral y terminaron por adoptar conductas y conclusiones prejuiciadas, pero eso es otro tema.

Respecto de los observadores extranjeros, la fórmula incorporada al Cofipe se logró después de mucha discusión. Para ayudar al intercambio de ideas, Porfirio Muñoz Ledo escribió un anteproyecto que intentaba conjuntar los diversos puntos de vista, el cual fue discutido y modificado en varias ocasiones hasta que se logró el consenso. Para eludir el conflicto planteado por el artículo constitucional que prohíbe a extranjeros inmiscuirse en política nacional, se adoptó el eufemístico término de “visitantes extranjeros” y se encomendó a los seis consejeros ciudadanos redactar una convocatoria para los grupos y personas interesados, a propuesta de los partidos políticos. En total 934 visitantes extranjeros asistieron a los comicios del 21 de agosto, inaugurándose así una nueva práctica en la vida político-electoral de México.

## IX. COROLARIO

Haber participado en ese ejercicio de alta política que fueron las conversaciones de Barcelona, en ese reto de construir soluciones por todos aceptadas, aunque a cada uno no satisficieran del todo, que permitieran la celebración de unas elecciones que analistas nacionales y extranjeros calificaron como “las más limpias de nuestra historia”, fue una de las más ricas y formativas etapas de mi vida. Fui testigo de las reformas de 1978 y 1993, actor directo de las de 1986 y 1989-1990, pero ninguna de esas experiencias guardo en mi recuerdo con mayor satisfacción que la obtenida en esos meses de 1994, intensos y trágicos, llenos de malos augurios y fundadas esperanzas.

Mi participación fue posible gracias a la confianza que en forma desinteresada y permanente me otorgó Jorge Carpizo, así como a la tolerancia y comprensión de los dirigentes nacionales del PRI, del PAN y del PRD que participaron en la reforma. De lo aquí expuesto soy el único responsable; espero que mi memoria y mis notas hayan sido objetivas e imparciales. Estoy convencido de que dar testimonio de esas pláticas que, siendo privadas, afectaron profundamente nuestra vida pública, es una forma de contribuir a los nuevos esfuerzos por arribar a un sistema electoral por todos aceptado y respetado.

## X. POST SCRÍPTUM (SEPTIEMBRE DE 2013)

Cuando recibí la invitación a participar con un texto en homenaje y memoria a Jorge Carpizo advertí que ya era casi nada lo que podía agregar a lo escrito previamente, desde 1994 a estas fechas. Vino entonces a mi memoria lo que escribí a finales de 1994, como testimonio personal, cuyo borrador leyó el mismo doctor Carpizo, sobre el curso de las llamadas “conversaciones de Barcelona”.

Propuse a los doctores Héctor Fix-Fierro y Miguel Carbonell incluir ese texto en el presente libro, al considerar que mantiene vigencia para entender el papel del ilustre campechano en aquel momento crucial de nuestra historia. Agradezco que lo hayan aceptado, pues el libro en que se publicó originalmente, que incluyó el testimonio directo del propio doctor Carpizo, nunca fue reimpresso.

A lo que escribí en 1994, solo puedo agregar que me faltó dejar mejor testimonio de la conducta de Luis Donaldo Colosio, candidato del PRI a la presidencia de México, en el periodo que comprendió de la llegada de Jorge Carpizo a Gobernación y el asesinato de Colosio, ocurrido el 23 de marzo de 1994.

Fui testigo y copartícipe de su permanente comunicación durante aquellas semanas. Colosio estaba convencido de las reformas que Carpizo impulsaba, algunas de ellas expuestas previamente por el entonces candidato del PRI a presidente de México, como fue el tema de los observadores electorales nacionales y extranjeros. Por encargo de Carpizo, anticipé a Luis Donaldo los temas principales a que el primero hizo referencia en su discurso del 21 de marzo de 1994, en la ceremonia de conmemoración del natalicio de Juárez, celebrada en Querétaro, cuando dio a conocer los primeros acuerdos derivados de las “conversaciones de Barcelona”.

Carpizo fue fundador y primer presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, luego procurador general de la República, en ambos cargos se destacó por su firmeza y rectitud; pero creo que el mayor legado de Jorge Carpizo, como servidor público, está en su tarea como secretario de gobernación, entre enero y noviembre de 1994. Su trabajo en aquellos complicados meses permitió la reforma que hizo posible celebrar en paz, con apego a la ley, las elecciones presidenciales y legislativas de aquel año, dejando trazada la ruta para la que vendría en 1996 y las posteriores.

Sin apenas conocerme, Carpizo me otorgó su confianza para participar a su lado, en calidad de consejero personal, primero en las negociaciones de la reforma electoral, y luego en su instrumentación en el IFE, de mayo a septiembre de 1994. Tuve el honor de acompañarlo la noche del 30 de noviembre de 1994, cuando hizo entrega de su cargo como secretario de gobernación. Al salir del viejo palacio de Covián, abrazo de por medio, solo me dijo: “Jorge, muchas gracias.”

En noviembre de 1994, al presentar su balance como secretario de gobernación y presidente del Consejo General del IFE, Carpizo señaló los temas que, a su juicio, quedaban pendientes de resolver para profundizar en la reforma por él impulsada: el financiamiento a los partidos políticos y las campañas; el papel de la televisión y la radio en los procesos electorales, fueron asuntos que consideraba cruciales. Dos años más tarde, la reforma de 1996 atendería el primero de ellos, en tanto que la de 2007 atendió sus preocupaciones y críticas sobre el papel de los medios electrónicos en las elecciones y en la vida política de México.

En los años siguientes nos seguimos viendo con frecuencia, para hablar de política, elecciones y partidos, también de la UNAM, su pasión y compromiso, o para las noches de bohemia, en las que acompañados de amigos disfrutábamos de su hospitalidad y de las canciones de Agustín Lara, en las voces de Toña la Negra y Amparo Montes.

A finales de 2011, ante la situación que al IFE generó la falta de tres consejeros electorales de su Consejo General, Carpizo aceptó dar a México una contribución más. Junto con otros tres distinguidos ciudadanos, participó en la elaboración de la propuesta de candidatos finalmente aprobada.

De cuando en cuando desayunábamos en su pequeña y bella casa, en el sur de la Ciudad de México, asistido por Mary, en los años siguientes a su regreso de su tarea como embajador en Francia. Conversábamos de aquellas experiencias, Carpizo rememoraba acontecimientos y detalles, con la asombrosa memoria de que disfrutaba. De pronto la risa que tanto lo distinguía, era su manera de iniciar su respuesta, o de eludir mis preguntas, sobre hechos que para mí permanecían como incógnitas. “Déjame... te platico...”, así iniciaba sus respuestas, o cambiaba de tema.

Carpizo se fue antes de tiempo; México se quedó sin una de sus mentes más lúcidas, más comprometidas con el avance democrático y las instituciones de la República. Su obra, en las múltiples facetas de su incansable y ejemplar quehacer, es patrimonio colectivo.

Universitario por vocación desde sus años mozos; jurista de conocimientos y lucidez que siguen asombrando; servidor público a la altura de

hombre de Estado; amigo de sus amigos. Carpizo dejó una huella que el tiempo no borra.

Dediqué el texto originalmente publicado a la memoria de Luis Donaldo Colosio; hoy extiendo la dedicatoria a Jorge Carpizo McGregor, maestro y amigo.



## DOS PROBLEMAS FALSOS Y UNO VERDADERO: “NEOCONSTITUCIONALISMO”, “GARANTISMO” Y APLICACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

Manuel ARAGÓN REYES

SUMARIO: I. *Advertencia preliminar.* II. *Los significados del término “neoconstitucionalismo”.* III. *Las vicisitudes históricas del concepto de Constitución.* IV. *Constitución y constitucionalismo.* V. *Las consecuencias del “constitucionalismo”. El doble sentido de la “juridificación” constitucional: la jurisdicción constitucional y la cultura jurídica constitucional.* VI. *Luces y sombras de la Constitución como paradigma.* VII. *Constitucionalismo y garantismo.* VIII. *Constitución y activismo judicial ¿El estado constitucional del presente como estado constitucional jurisdiccional? La función de los tribunales constitucionales en la actualidad.*

### I. ADVERTENCIA PRELIMINAR

Ante todo despejo la incógnita. Creo que los falsos problemas son el “neoconstitucionalismo” y el “garantismo”, porque bajo tales apelaciones lo que subyace son nominalismos vacíos de entidad teórica o concepciones por completo ajenas a la teoría en que la Constitución se desenvuelve. El verdadero problema es el de la aplicación judicial de la Constitución porque de ese sí que depende la eficacia de la Constitución misma. A lo largo de esta exposición me referiré, pues, a todo ello.

### II. LOS SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO “NEOCONSTITUCIONALISMO”

Dos son, principalmente, los entendimientos que suelen atribuirse al término “neoconstitucionalismo”. De un lado, ese término viene a significar lo que de nuevo tiene el constitucionalismo del presente frente al cons-

\* Catedrático de Derecho Constitucional; magistrado del Tribunal Constitucional.

titucionalismo clásico (o si se quiere al que prevaleció hasta finales del siglo XIX). A lo largo del siglo XX el viejo constitucionalismo liberal se fue transformando en un constitucionalismo democrático, integrando el sufragio universal, extendiendo el principio de igualdad, incorporando los derechos sociales e incluso los llamados derechos de última generación, haciendo que la Constitución no solo regulase el modo de ser del Estado, sino también el modo de ser de la sociedad en su conjunto, de manera que las bases fundamentales de los diversos sectores del ordenamiento, tanto del derecho público como incluso del derecho privado, vendrían contenidos en el propio texto constitucional. De otra parte, las potestades públicas se ensancharon encomendándose al Estado la realización de la procura existencial (Estado social) y la ordenación general de la economía (Estado interventor, u ordenador, o al menos, regulador).

Ello supuso, inevitablemente, que las Constituciones del presente contengan no solo reglas, sino también principios y valores, mandatos al legislador, enunciados de fines que los poderes públicos habrían de cumplir. El catálogo de derechos constitucionales se amplió, las Constituciones se abrieron, aunque de distinta manera, a la cláusula de internacionalidad de los derechos y, en fin, la propia ordenación de los poderes en el texto constitucional se flexibilizó para dotar a los gobiernos de potestades legislativas de urgencia o por delegación de las cámaras parlamentarias, para dar cabida a nuevas instituciones, como los defensores del pueblo, las cámaras de cuentas o contralorías, las administraciones independientes y, entre ellas, los organismos reguladores de los principales sectores del mercado.

Ahora bien, ese desarrollo del constitucionalismo no supuso, ni mucho menos, el abandono de su sentido originario, sino su reforzamiento. Por ello las transformaciones aludidas no ponen en cuestión la idea genuina de Constitución: una norma fundamental que limita los poderes del Estado con el objetivo de garantizar la libertad de los ciudadanos. Por ello, ni hicieron desaparecer la división de poderes (aunque la convirtieron en más compleja) ni los controles del poder llamados a impedir la arbitrariedad, ni crearon zonas de impunidad del poder no sometidas a limitación. El “nuevo constitucionalismo”, así entendido, conservaba, en todos sus aspectos los principios esenciales del Estado de derecho, como no podía ser de otra manera si lo que se quería era “mejorar” el constitucionalismo y no destruirlo.

Más aún, los controles, especialmente los jurídicos, incluso se acrecentaron, ampliando las competencias de los tribunales frente a la Administración y extendiendo, más concretamente, el control de constitucionali-

dad de las leyes, de manera que la justicia constitucional adquirió carta de naturaleza en la generalidad de las Constituciones del mundo (hay que matizar, de aquellas Constituciones dignas de ese nombre) desde la segunda mitad del siglo XX hasta hoy. Es cierto, sin embargo, que, de forma patológica, aunque crecieron los controles jurídicos, decrecieron en algunos Estados constitucionales (quizás por los excesos del Estado de partidos) los controles políticos. Pero ello es un problema cuya resolución habrá de acometer, con urgencia, el constitucionalismo democrático del presente, con objeto de que no sufra (como a veces está ocurriendo) la legitimidad del sistema. Lo más importante, lo significativo, es que estas debilidades del constitucionalismo actual, en algunos países, en materia de controles políticos no ponen en cuestión las bases del constitucionalismo democrático, sino que ponen en evidencia un mal que debe combatirse precisamente para que se respeten en la práctica, en mayor medida, las líneas maestras que se consideran inamovibles: la Constitución como forma de limitación del poder en beneficio de la libertad de los ciudadanos, de la igualdad de todos en esa libertad. Por ello, el constitucionalismo del presente o si se quiere, el neoconstitucionalismo así entendido, no es otra cosa que la regulación jurídica de la democracia, de manera más gráfica, la unión entre democracia y Estado de derecho. También este modo de entender el nuevo constitucionalismo otorga a los jueces una función decisiva, un protagonismo muy especial, en orden al cumplimiento, o incluso realización, de la Constitución. Pero de ello me ocuparé más adelante.

Por otro lado, y frente a esa concepción, hay quienes entienden el “neoconstitucionalismo” como la “superación” de la vieja idea de Constitución para sustituirla por otra que hace prevalecer el poder sobre el control, la unidad de acción estatal sobre la división de poderes, el entendimiento “político” de la democracia sobre su entendimiento “jurídico”, la democracia directa, “plebiscitaria”, sobre la indirecta, representativa, la voluntad política sobre las leyes, y en fin, el Estado “decisionista” sobre el Estado de derecho. Ni qué decir tiene que ese “neoconstitucionalismo” no hace justicia al término, pues de “constitucionalismo” no tiene nada: más que “neoconstitucionalismo” debiera llamarse “anticonstitucionalismo”. Cuando se desprecia la democracia parlamentaria, basada en elecciones libres y verdaderamente competitivas; cuando no se garantizan, plenamente, frente al poder, los derechos fundamentales; cuando no se asegura totalmente la independencia judicial; cuando se disminuyen el control y la responsabilidad de los poderes públicos; cuando se intenta sustituir la voluntad popular expresada a través de los cauces del derecho por la voluntad popular expresada sin garantías jurídicas que aseguren su vera-

cidad; cuando se pretende que la igualdad sustituya a la libertad; cuando se sostiene que la democracia está por encima de las leyes; entonces, sencillamente, desaparece el Estado constitucional, en el que la democracia y el Estado de derecho son inseparables. Una democracia sin leyes, ya lo dijo Aristóteles, no es democracia sino demagogia.

Lo que he venido exponiendo es difícilmente refutable desde una correcta teoría constitucional, es decir, desde el derecho constitucional de los países civilizados. No obstante, como quiera que ese falso “neoconstitucionalismo” parece haber ganado algunos adeptos, incluso, sorprendentemente, en ámbitos académicos, me ha parecido conveniente ahondar, en las páginas que siguen, en el significado que han tenido, y siguen teniendo, los conceptos de Constitución y de constitucionalismo, para mostrar que una cosa es su enriquecimiento y otra muy distinta su negación, aunque se quiera vestir con falsa terminología.<sup>1</sup>

### III. LAS VICISITUDES HISTÓRICAS DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Como es bien conocido,<sup>2</sup> la idea de Constitución es mucho más antigua que su concepto. Este último no surge hasta que nace el Estado constitucional a finales del siglo XVIII; en cambio, desde la más remota antigüedad, o al menos desde el mundo griego y romano, puede detectarse la idea de que existen o deben existir en toda comunidad política un conjunto de normas superiores al derecho ordinario cuyo objeto sería preservar la continuidad de la forma de organización que rige en esa comunidad. Esa idea, presente desde luego en los periodos de esplendor de la democracia ateniense y de la república romana, resurge en la Edad Media como base de la llamada “Constitución estamental” y continúa en la Edad Moderna a través de la noción de *lex fundamentalis*.

<sup>1</sup> Lo que ahora incorporo a esta exposición son ideas que he expresado reiteradamente en otras publicaciones, y más en concreto en “La Constitución como paradigma”, incluido en mi libro *Estudios de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 179-190. Se me disculpará por el aparato de citas bibliográficas que se utilizan, pero la importancia del problema exige, creo, ésta firme base doctrinal.

<sup>2</sup> Sobre el desarrollo histórico de la idea y del concepto de Constitución me remito a mi trabajo “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, 1996, incluido ahora en *Estudios de derecho constitucional*, *cit.*

Es cierto que no existió, en modo alguno, con anterioridad al siglo XVIII, una práctica racionalizada de Estado “constitucional”, pero no es menos cierto que aquella idea de limitación del poder por el derecho, al menos para asegurar la permanencia de la forma política, era postulada por sectores del pensamiento político y jurídico europeo de los siglos XVI y XVII (desde los neoescolásticos y los juristas regios del Estado absoluto europeo continental hasta el juez Coke en Gran Bretaña, sin olvidar los casos de aplicación de “leyes fundamentales” en Francia o el proyecto de dotar a Inglaterra de un “instrumento de gobierno” por Cromwell en 1563).

De la misma manera, igualmente se detectan en toda la historia del pensamiento político determinadas corrientes que postulaban la necesidad de que existiera un derecho más alto que el ordinario para que la libertad quedase preservada, y que confluyen en los siglos XVII y XVIII en las teorías iusnaturalistas del pacto social.

Este cuerpo de ideas que forman la doble raíz de la que el Estado constitucional iba a nutrirse, se manifiesta con toda claridad en la conocida frase de Montesquieu cuando, a mediados del siglo XVIII, dice que “unas constituciones tienen por objeto y fin inmediato la gloria del Estado y otras la libertad política de los ciudadanos”. Está pensando, obviamente, en las Constituciones respectivas de Francia e Inglaterra.

Al margen de la suerte corrida por el constitucionalismo británico, cuyo desarrollo histórico va a configurarlo de manera muy singular en el sentido de que prolongará, evolutivamente, su “Constitución antigua” liberalizándola y democratizándola, aunque sin abandonar su condición “prescriptiva”, “flexible” y “consuetudinaria” (es decir, como se ha señalado, conservando su característica de “antigua” Constitución), lo propio de los demás países será que el advenimiento del Estado constitucional va a producirse de manera revolucionaria, surgiendo, pues, la Constitución como una “realidad” jurídica nueva, “moderna”, “racional”. Por decirlo de otra forma, tanto en Francia como en los Estados Unidos de América, que son los países donde nace (y a través de ellos se extenderá) el Estado constitucional, la vieja “idea” de Constitución no se convirtió en concepto de modo evolutivo, sino a través de un proceso de ruptura (independencia en un caso, revolución en otro).

La “Constitución de los modernos” (frente a la “Constitución de los antiguos” parafraseando a Constant) va a presentarse como algo enteramente nuevo: como lo que bien ha llamado García-Pelayo el concepto “racional-normativo” de Constitución. Es ahora, pues, cuando puede decirse que aparece la “verdadera” o “genuina” Constitución (con ma-

yúsculas) y su correspondiente y genuino Estado: el “Estado constitucional” (que supone una nueva forma política histórica que viene a sustituir al anterior Estado absoluto en la Europa continental).

La Constitución producto de la Revolución francesa y de la independencia de las colonias inglesas norteamericanas, tendrá, pues, unas características formales y materiales. Desde el punto de vista formal se tratará de una “norma fundamental”, escrita y rígida; una “superley”, situada por encima del derecho ordinario. Desde el punto de vista material será una norma que habrá de tener un determinado contenido: la garantía de los derechos y el establecimiento de la división de poderes (artículo 16 de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789). Como puede apreciarse, la doble y antigua pretensión de asegurar la estabilidad de la forma política y de la libertad se funden y así la Constitución limitará el poder tanto para mantenerlo con una determinada estructura como para impedir que invada la autonomía individual. Más aún, ambos objetivos son indisolubles, dado que la estructura misma ya no es fin sino medio. En realidad, ya no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir sino uno, puesto que solo de una manera (mediante el Estado constitucional) puede el poder organizarse para preservar la libertad. El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad en igualdad); la división de poderes es solo una “forma” de asegurarla.

La limitación material del poder, esto es, los derechos fundamentales, aparecen, así, desde el nacimiento del mismo Estado constitucional, como el núcleo del concepto de Constitución. La distinción entre poder constituyente y poder constituido, la representación política, las limitaciones temporal y funcional del poder son notas características del Estado constitucional, sin duda alguna, pero la más definitoria es la atribución al pueblo de la soberanía. Y como resulta que solo un pueblo libre (compuesto por ciudadanos libres) puede ser soberano, el único modo de “garantizar” dicha soberanía (hacia el interior, por supuesto, ya que hablamos de soberanía en el derecho constitucional, no en el derecho internacional) es “asegurando” los derechos fundamentales como límites frente al poder de los gobernantes y, en definitiva, frente a la capacidad normativa del legislador.

Las razones por las que solo en Estados Unidos de América y no en Europa este concepto de Constitución tuvo eficacia desde su primer momento (en Europa hubo que esperar hasta bien entrado el siglo XX) han sido suficientemente explicadas<sup>3</sup> y no hace falta repetirlos aquí. Tampon-

<sup>3</sup> Véase, entre otros, García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

co, por las mismas razones,<sup>4</sup> es necesario detallar la suerte que ese mismo concepto de Constitución ha tenido en el resto de los países americanos, en los que ya, desde la segunda mitad del XIX se fue abriendo camino la idea de que la Constitución es norma jurídica superior, que divide los poderes y de la que derivan derechos para los ciudadanos. Lo único que importa subrayar es que, pese a las críticas que en el pasado y el presente siglo se hicieron al concepto de Constitución, tanto procedentes de posturas “sociológicas”, o más claramente “marxistas”, o de las doctrinas que dieron soporte intelectual al “fascismo”, ese concepto ha resistido y ha vencido, sin duda alguna, en el mundo del presente.

Hoy, la única discusión intelectualmente rigurosa que sobre el concepto de Constitución se sostiene aún en pie es la que enfrenta a los partidarios de la Constitución como norma abierta y a los partidarios de la Constitución como sistema material de valores<sup>5</sup> o, hablando en términos de interpretación constitucional (que viene a ser lo mismo, en el fondo, aunque con otra perspectiva), la que enfrenta a los defensores del “originalismo” y el “no originalismo” en los Estados Unidos o la que enfrentó en Alemania a los partidarios del método hermenéutico clásico (representados casi exclusivamente por Forsthoff) y a los partidarios de los métodos “modernos” de interpretación (prácticamente todos los demás constitucionalistas alemanes).<sup>6</sup>

De manera muy resumida podría decirse que, realmente, aceptado hoy, sin contradictores de relieve, el significado y valor jurídico de la Constitución, la única discusión que aún sigue existiendo es la que se apoya, de un lado, en las raíces (bien sólidas y fecundas, por cierto) del pensamiento kelseniano y, de otro, en los postulados (de difícil refutación radical, también por cierto) de la llamada “jurisprudencia de valores”.

<sup>4</sup> Sobre la aparición y desarrollo en el mundo latinoamericano de la revisión judicial de las leyes y de los instrumentos de protección jurisdiccional de los derechos constitucionales, puede verse H. Fix-Zamudio, “Garantías de los derechos. Control judicial. Amparo. Ombudsman”, en García de Enterría *et al.* (eds.), *Derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 601 y ss. Sobre Canadá véase A. Lajoie, *Jugements de Valeurs*, París, Puf, 1997, en especial pp. 3-118.

<sup>5</sup> Sobre ello, véase Aragón, M., *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1955, en especial pp. 422-460. Ahí se explican los términos de la polémica y se postula la necesidad de relativizar el sentido de ese enfrentamiento teórico. Hoy también en *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002, pp. 83-119.

<sup>6</sup> Véase E.-W. Böckenförde, “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1993, también en *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991.

Lo que, sin embargo, no es puesto en cuestión por los constitucionalistas y teóricos del derecho rigurosos y por eso ya resulta hoy un lugar común en el pensamiento jurídico (y político) más solvente, es que la Constitución es norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia,<sup>7</sup> y así debe ser entendida.

#### IV. CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO

Dicho lo anterior, es cierto, sin embargo, que aún persisten acepciones de “Constitución” y, sobre todo, de “constitucionalismo” que no se corresponden fielmente con el significado que acabamos de señalar. Se trata, sin duda, de posiciones explicables por la pura inercia histórica y por su desconexión con el movimiento científico más vivo y relevante que la afirmación y expansión del Estado constitucional ha venido produciendo. Obedecen, más al pasado que al presente. En unos casos, se trata de concepciones “políticas” de Constitución construidas mediante un aglomerado ideológico nutrido por simplificaciones, a partes casi iguales, de viejas ideas básicas del marxismo y el fascismo; su punto de partida es, claramente, la negación de aquello que presta su sentido más profundo a la Constitución: la fusión entre Estado de derecho y democracia. En otros casos, se trata de concepciones “jurídicas” de Constitución basadas en su significado exclusivamente formal de “norma fundamental” con la pretensión de dotarla de carácter neutral (y por ello universal); la corriente más clara en tal sentido es la representada por el normativismo kelseniano, que se sustentaba en la negación de otra proposición básica del pensamiento constitucional: la necesaria unión entre los conceptos formal y material de Constitución.

Como ya se señaló más atrás, la aceptación generalizada (incluida la peculiaridad histórica del modelo constitucional británico, donde la carencia de supremacía jurídica no elimina, sin embargo, la fusión entre Constitución, derecho y democracia) de la idea de Constitución como

<sup>7</sup> Como he venido sosteniendo en diversos trabajos, Entre ellos, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, o en “Estado y democracia”, en el libro colectivo *El derecho público de finales de siglo, cit.*, pp. 31-45. Hoy también en *Constitución, democracia y control*, pp. 11-80.



norma jurídica plenamente (es decir, jurisdiccionalmente) aplicable, dotada de suprallegalidad, que tiene por objeto garantizar, mediante el derecho, la soberanía popular (y por ello la libertad, porque, como ya se dijo, solo un pueblo compuesto por ciudadanos libres puede ser soberano), ha dejado a las corrientes contrarias a esa posición no solo en franca minoría sino más aún en clara regresión, al menos en el mundo de los Estados constitucionales (que es hoy algo más amplio que el llamado “occidental” o europeo-americano), No obstante, en la medida en que esas corrientes aún siguen teniendo cierta vigencia en algunos países y en la medida, sobre todo, en que pese a la aceptación generalizada del sentido que hemos llamado “genuino” de Constitución, sigue existiendo en cambio cierta confusión sobre el sentido del término “constitucionalismo”, quizá sea conveniente tratar de poner en claro el significado de ese término (“constitucionalismo”), tan utilizado como, a veces, mal entendido.

En sentido amplio, por “constitucionalismo” podría entenderse la teoría o la práctica del Estado constitucional. Pero una noción así sería escasamente explicativa, no solo por tautológica, sino también por imprecisa, puesto que ni Constitución ni Estado constitucional son términos completamente unívocos que permitan, por mera derivación, dotar de significado a constitucionalismo. Muchos han sido los conceptos de Constitución que se han dado en los dos últimos siglos, pero no todos han transferido su significado a constitucionalismo. Y así, carece de sentido el término si se sostiene una concepción histórica o sociológica de Constitución, en cuanto que al entenderse ésta como el modo de organización jurídico-política de cada país, el constitucionalismo no cualificaría ni, en suma, diferenciaría nada; sería una realidad o una idea predicable de todas las formas políticas del pasado, del presente e incluso del futuro.

Para una concepción radicalmente positivista de Constitución, el término “constitucionalismo” resultaría quizá menos vacío que para las nociones histórica o sociológica, pero no por ello alcanzaría un significado riguroso. De un lado por defecto, ya que la restricción de la noción de Constitución a la de ley fundamental solo con costosas adaptaciones permitiría aplicarse a la realidad y la teoría del constitucionalismo británico, siendo, como es, sin duda, un constitucionalismo auténtico. De otro lado, por exceso, ya que la universalización (por vaciamiento material) del concepto de Constitución en que el positivismo extremo desemboca haría del término “constitucionalismo” una noción que, aun insertible para el pasado, sería predicable, no obstante, sin diferenciación alguna, de todas las formas adoptadas por el Estado contemporáneo. A partir del siglo XIX, y muy especialmente del XX, todos los Estados tienen

una norma a la que llaman “Constitución” y por ello serían así, Estados constitucionales, y el constitucionalismo, en consecuencia, se presentaría como un fenómeno histórico, pero universal. La capacidad definidora (diferenciadora) del término se reduciría a la meramente cronológica. Pero una significación tan escasamente cualificadora sirve de poco, como es sabido, y ello explica que, habiendo sido varias las acepciones de Constitución, solo una, la acepción liberal (y no las demás), sea la que dé sentido al término constitucionalismo. Como ha dicho C. J. Friedrich:

Un Gobierno constitucional es aquel en que existen limitaciones afectivas al poder... Por consiguiente, el constitucionalismo es, a la vez, la práctica de la política conforme a unas “reglas de juego” que imponen limitaciones afectivas a la acción del Gobierno y de otras fuerzas políticas, y la teoría —explicativa y justificativa— de tal práctica.<sup>8</sup>

Y la teoría explicativa y justificativa de tal práctica no es otra que la que se sustenta en la preservación de la libertad de los ciudadanos frente a la acción del poder público. Por ello ha podido decirse, correctamente, que el constitucionalismo es la técnica de la libertad, es decir, que es la técnica jurídica a través de la cual se les asegura a los individuos el ejercicio de sus derechos individuales y, al mismo tiempo, el Estado es colocado en la posición de no poderlos violar. ¿Significa esto, dada la posición preeminente de la libertad en esta construcción teórica, que el constitucionalismo es una “ideología”? Lo sería si se sostiene que solo ideológica es también la noción de Constitución de la que deriva. Ch. H. McIlwain, en éstas como en otras muchas cuestiones sobre la materia, alerta sobre ello al repetir, insistentemente, el significado jurídico del constitucionalismo: “Teoría y prácticas jurídicas consisten en la limitación del poder por el Derecho, pero sustentada, a su vez, en una concepción del Derecho que descansa radicalmente en la libertad”.<sup>9</sup>

De la misma manera que los derechos del hombre (en frase afortunada de Sartre) no dejaban de ser humanos porque los hubieran proclamado hace más de dos siglos los burgueses, el concepto liberal de Constitución no deja de ser garante de la libertad, aunque lo hubiese postulado hace más de dos siglos una determinada ideología. Ha sido el concepto liberal,

<sup>8</sup> *Constitutional Government and Democracy, Theory and Practice in Europe and America*, Boston, inn & Co., 1941, p. 29.

<sup>9</sup> *Constitutionalism, Ancient and Modern*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1947. Esa concepción está presente a lo largo de todo este espléndido libro.

y hoy tendríamos que añadir “social” y “democrático”, de Constitución el único concepto jurídico correcto, es decir, el único que ha hecho de la Constitución auténtico derecho, o, lo que es igual, norma válida y eficaz. Solo ese concepto de Constitución ha permitido la limitación jurídica del poder. Y no es una mera coincidencia debida al azar el hecho de que únicamente allí donde la Constitución tiene por objeto la libertad haya existido y exista el derecho constitucional. No se trata (y ahí reside la cuestión capital del constitucionalismo) de un concepto ideológico de Constitución, sino de un concepto “adecuado” (o el único eficaz) de Constitución. Por ello, sólo es Constitución auténtica la que Jellinek, llamaba “Constitución constitucional”. En otras palabras, la Constitución “constitucional” se presenta (y la práctica lo confirma) como la única Constitución “adecuada”, es decir, cualificada para realizar su cometido limitador o garantizador (que es, no cabe duda, el objetivo por excelencia del derecho). Dicho en palabras de K. Hesse:

A través de la ordenación del procedimiento de formación de unidad política, de la fundación siempre limitada de atribuciones de poder estatales, de la regulación procesal del ejercicio de estas atribuciones y del control de los poderes estatales la Constitución pretende limitar el poder estatal y preservar de un abuso de ese poder. En esta su función de posibilitar y garantizar un proceso político libre, de constituir, de estabilizar, de racionalizar, de limitar el poder y en todo ello de asegurar la libertad individual estriba la cualidad de la Constitución.<sup>10</sup>

Como ha dicho F. Rubio Llorente:

Por Constitución entendemos, y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las “Constituciones napoleónicas”, simple despotismo de apariencia constitucional.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág. 22.

<sup>11</sup> “La Constitución como fuente del derecho”, en *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87.

Concebida la Constitución así, y el Estado constitucional, por ello, como forma específica de Estado, el constitucionalismo, que fue ciertamente, aunque no solo, una ideología, puede ser entendido también como un fenómeno jurídico: la teoría y la práctica jurídicas del Estado auténticamente constitucional, es decir, del Estado efectivamente limitado por el derecho. Que es como el constitucionalismo se ha entendido generalmente en el mundo anglosajón y como la mejor doctrina lo lleva entendiendo en el mundo occidental una vez superada la perniciosa distinción, fruto de la dogmática jurídica de la segunda mitad del siglo XIX (o peor aún de las doctrinas “anticonstitucionales” de extrema derecha y de extrema izquierda en el siglo XX), entre Constitución y derecho y entre Estado constitucional y Estado de derecho, que es, justamente, la raíz de donde procede la vieja querrela, aún no abandonada, asombrosamente, por algunos, entre Constitución y democracia.<sup>12</sup>

V. LAS CONSECUENCIAS DEL “CONSTITUCIONALISMO”.  
EL DOBLE SENTIDO DE LA “JURIDIFICACIÓN” CONSTITUCIONAL:  
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CULTURA JURÍDICA  
CONSTITUCIONAL

Siendo el constitucionalismo teoría y práctica, estas consecuencias son también sus propias condiciones. El constitucionalismo requiere, en primer lugar, de la existencia de unos instrumentos jurídicos que garanticen la aplicación de la Constitución, y éstos no son otros que los propios del control judicial, mediante la aplicación de las normas constitucionales por los tribunales ordinarios o bien, también, mediante la creación de unos tribunales específicos: los tribunales constitucionales. Las Constituciones precisan de garantías políticas, por supuesto, pero también, e inexorablemente, de garantías jurídicas, solo posibles, es decir, efectivas, cuando están aseguradas por controles jurisdiccionales.

El constitucionalismo requiere, en segundo lugar, de una cultura constitucional y obliga a su perpetuación, pues la Constitución democrática descansa, más que ninguna otra, no solo en las garantías políticas y jurídicas, sino, sobre todo, en las garantías sociales, esto es, en la aceptación popular de la Constitución. Sin garantías jurídicas (de ahí su carácter

<sup>12</sup> Me remito, para un tratamiento extenso de esa cuestión, a mi libro ya citado, *Constitución, democracia y control*.

inexorable) no hay Constitución eficaz, pero sin garantías políticas y sociales no hay Constitución que se mantenga. La educación constitucional, o si se quiere la cultura política democrática, se presenta, pues, como la condición necesaria para la consolidación del constitucionalismo.

Pero el constitucionalismo es también una actitud, un modo de hacer política que obliga a los hombres públicos a aceptar las reglas del juego, a conducir las contiendas políticas por los cauces de la Constitución. Difícilmente podrá haber Estado constitucional sin una constitucionalización de la política y, específicamente, de la política profesional; en ese sentido, la constitucionalización de la política no es solo un modo de “hacerla”, sino, sobre todo, un modo de “concebirla”.

No basta, sin embargo, con la “constitucionalización” de la política, pues siendo, como es, el constitucionalismo un fenómeno sobre todo jurídico, su consolidación y desarrollo obligan a una “constitucionalización” también de la cultura jurídica. Aunque próxima a la cultura cívica o política, la cultura jurídica no se confunde con ella, ya que goza de una propia y peculiar autonomía y se circunscribe a un sector de la sociedad: el de los profesionales del derecho. Una cultura jurídica que esté mucho más apegada a la interpretación de la ley que de la Constitución, o mejor dicho, a los modos de interpretación “legal” que a los de interpretación “constitucional”, que conciba los derechos más como derechos legales que como derechos fundamentales, en definitiva, una cultura jurídica “legalista” y no “constitucionalista” es difícilmente compatible con la existencia de una Constitución democrática, esto es, de una Constitución auténtica.

De ahí la necesidad de “constitucionalizar” el derecho para hacer que la Constitución, “como derecho”, rijan. No solo “constitucionalizar” al derecho como ordenamiento (hacer que la Constitución llegue a todos los rincones del sistema normativo), sino también, y muy principalmente, de “constitucionalizar” al derecho como “saber”, a la ciencia del derecho. No puede haber, sencillamente, Constitución duradera sin derecho constitucional desarrollado. Esa es una de las características más profundas del Estado constitucional y, por ello, una de sus más rigurosas exigencias.

Un Estado constitucional precisa, para su mantenimiento, de una cultura jurídica constitucional que deberá presidir la elaboración y aplicación del derecho y la teorización y la transmisión de los conocimientos jurídicos. Sin profesionales técnicamente preparados para cumplir con las exigencias jurídicas que la vigencia de la Constitución impone es muy difícil que la Constitución “valga”, es decir, que sea una norma aceptada, respetada y apreciada por los ciudadanos, aparte de una norma eficaz. Es

probable que el derecho sea un conocimiento instrumental, pero no debe olvidarse que, en él, la técnica posee notables efectos sobre la legitimidad.

Otra condición del constitucionalismo es, sin duda, la que se refiere a la capacidad evolutiva de las Constituciones. Sin perjuicio de que las reformas constitucionales sean una garantía más de la perduración de una Constitución, que así podrá recurrir a los cambios para evitar las rupturas, lo cierto es que una cualidad importante del constitucionalismo reside en la capacidad que poseen los textos para adaptarse a circunstancias cambiantes, a través de la interpretación, sin transformar la redacción originaria. Ello ocurre, sobre todo, como señala Hesse,<sup>13</sup> cuando la Constitución contiene “un mesurado equilibrio” entre la “precisión” (necesaria para la claridad de las reglas de juego y para la configuración material de su significado) y la “apertura” (*el* margen de indeterminación o flexibilidad que hace posible el pluralismo). La política constitucional y la cultura jurídica constitucional, ya antes aludidas, componen precisamente *las* dos condiciones para que exista esta otra condición evolutiva, esta continua adaptación que es capaz de hacer de una Constitución “viva” una Constitución “viviente”.

Los dos instrumentos valiosos que la política constitucional y la cultura jurídica constitucional aportan a este empeño son, sin duda alguna, el consenso y la interpretación, factores que impulsan decididamente el moderno constitucionalismo y que habrán de ser tenidos muy en cuenta en los países que pretendan permanecer como países “constitucionales”. Poner la Constitución por encima de la pugna política partidista, como acuerdo que une y no que separa, es, pues, una de las condiciones más importantes del “constitucionalismo”. Conocer y aplicar las técnicas, ciertamente complicadas (inevitablemente complicadas hay que decir), de la interpretación constitucional, como interpretación jurídica, y por ello objetiva, pero que goza de peculiaridades propias y que no se identifica exactamente con la interpretación legal, es también un requisito sustancial del “constitucionalismo” en cuanto que es requisito de “aplicabilidad” de la Constitución.

Existe, finalmente, otra característica (que es más una consecuencia) del constitucionalismo que debe destacarse: el rango de fenómeno no ya puramente nacional, sino transnacional, que ha ido adquiriendo en las últimas décadas. Se está asistiendo en nuestro tiempo al proceso de “constitucionalización” de determinadas organizaciones internacionales, con la consiguiente creación de jurisdicciones que, por encima de los de-

<sup>13</sup> *Op. cit.*, pp. 25 y ss.

rechos internos nacionales, aplican y defienden no solo unas peculiares “Constituciones supranacionales” configuradoras de un orden “comunitario” interestatal (ya consolidado, por ejemplo, en la Unión Europea), sino ese otro tipo de “Constituciones transnacionales”, como fueron llamadas hace ya más de treinta años por M. Capelletti,<sup>14</sup> que son las declaraciones, pactos, tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, cuya vigencia se ha venido asegurando incluso mediante la existencia de unos tribunales supraestatales capaces de interpretarlos y aplicarlos (el europeo de Estrasburgo y el americano de San José de Costa Rica, por ejemplo). En tal sentido es posible hablar hoy no sólo de una tendencia “expansiva” de los constitucionalismos nacionales, fenómeno que resulta evidente, sino de un verdadero “constitucionalismo transnacional”, como antes se apuntó.

## VI. LUCES Y SOMBRAS DE LA CONSTITUCIÓN COMO PARADIGMA

La situación actual en el mundo de las ideas jurídico-constitucionales, donde el “genuino” concepto de Constitución ha desalojado a sus viejos enemigos del pasado, de tal modo que hoy, en el mundo intelectual acreditado, ni el pensamiento conservador autoritario ni el pensamiento marxista (ambos en virtual desaparición) tienen validez para oponer a la Constitución democrática una “forma” jurídica alternativa, origina, al mismo tiempo que un formidable asentamiento del “constitucionalismo”, un notable riesgo para el mismo.

En el lado positivo de esta generalizada (por asentada) aceptación del sentido genuino de Constitución, como norma jurídica fundamental que, garantizando los derechos de los ciudadanos, organiza al Estado de tal forma que garantiza también la democracia, pueden contarse la convicción (y el “aseguramiento” jurisdiccional) internacional de que hay un núcleo conceptual común que presta solidez (incluso metodológica o categorial) a la forma constitucional-democrática del Estado como un género al que muchos países pertenecen.

La común aceptación de conceptos, la intercambiabilidad de argumentaciones jurídicas (válidas, de la misma manera en la doctrina de muy diversos países, e incluso en unas y otras “jurisdicciones” naciona-

<sup>14</sup> “Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo”, *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano, Giuffrè, 1979.

les), está, en el fondo, dotando de mayor universabilidad al derecho público internacional de lo que hubiera pensado, a través de sus categorías puramente abstractas, el más entusiasmado positivista. No deja de ser una paradoja que haya sido el concepto formal-material-democrático (y no solo el exclusivamente formal) de Constitución el que haya conseguido esta expansión o intercomunicación del derecho público por encima de las fronteras de los Estados.

Pero junto con este aspecto positivo, el “triumfo” de la juridificación de la democracia tiene también sus riesgos, como ya se apuntó. Riesgos que derivan del hecho de que el acuerdo generalizado sobre los “principios” es capaz de provocar una laxitud en el cuidado de las “formas”. La conversión de la “democracia con partidos políticos” (de indiscutible “razonabilidad”) en el puro “Estado de partidos políticos” (de discutible “legitimidad”), la atonía de los parlamentos, la sustitución de la democracia de “participación” por la democracia de “consumidores”, el excesivo distanciamiento de los representantes respecto de sus representados son peligros que, al menos en muchos países constitucionales, aparecen claramente en el horizonte histórico de finales del pasado siglo y comienzos del presente.

Quizás un modo de evitar esos riesgos y conjurar ese peligro sea el de “constitucionalizar” nuevamente el “constitucionalismo”, y no es un juego de palabras. De lo que se trata es de llevar a la conciencia política y jurídica de nuestros días la convicción de que sólo entendiendo el constitucionalismo como una realidad que ha de conquistarse a diario, y respecto de la cual (como ocurre con la democracia, cuya juridificación la Constitución pretende) no cabe pensar que esté dada para siempre, solo cuidando sin desmayo las formas, pueden mantenerse duraderamente los principios. La Constitución se ha convertido en paradigma, es cierto, pero una mala práctica podría acabar invalidándolo.

## VII. CONSTITUCIONALISMO Y GARANTISMO

Algunas consideraciones cabe hacer respecto de una cuestión que a veces suele ser mal entendida. Me refiero al término “garantismo” asociado al de Constitución o constitucionalismo. Si el “garantismo” se toma en su acepción más genuina, como proceso, o movimiento, que fomenta las garantías jurídicas sin las cuales, como ya se ha dicho, no cabe hablar, en rigor, de Constitución, su unión con el término “constitucionalismo” es algo tan natural que incluso podría estimarse redundante. En cambio, a



veces el término “garantismo” se utiliza en un sentido peyorativo o al menos negativo, concibiéndolo como un exceso de trabas jurídicas que puede entorpecer la capacidad de acción de los poderes públicos. Y es, sobre este último significado, respecto del que han de efectuarse, necesariamente, algunas precisiones ya que puede prestarse a servir de instrumento para socavar el sentido más genuino de la Constitución.

Estamos, en ese caso, en presencia de un modo de entender el “garantismo” que, como también sucede con el modo incorrecto de entender el “neoconstitucionalismo” al que más atrás ya me referí, choca, o puede chocar frontalmente con el Estado constitucional de derecho. Incluso, en muchas ocasiones, aquel modo espúreo de concebir el “neoconstitucionalismo” incluye, como una de sus notas, la oposición al “garantismo”, propugnando, pues, el antigarantismo como sistema para poder gobernar con eficacia. De ahí que sea conveniente diferenciar entre dos tipos de crítica al “garantismo”. De un lado la que podríamos llamar “crítica constitucional”, consistente en denunciar los excesos de garantismo que pudiera haber en la multiplicación desordenada de vías judiciales de defensa de los derechos e intereses ante los tribunales de justicia, que conducirían a la paralización o eternización de los procesos, con daño, no solo para el Estado y la seguridad jurídica, sino, sobre todo, para los propios ciudadanos que reclaman. Ya que, como se sabe, “justicia excesivamente retardada equivale, al final, a justicia denegada” por la escasa posibilidad de reparar, cuando ha transcurrido mucho tiempo, daños pretéritos aunque éstos se hubiesen producido. De ahí que habiendo vías procesales suficientes (por supuesto, indudablemente suficientes) para que, a través de ellas, los ciudadanos y los grupos tengan garantizados sus derechos e intereses legítimos, no es necesario ni conveniente multiplicarlas. El Estado constitucional de derecho ha de ser también un Estado eficaz si desea perpetuarse, pero sin que esa persecución, razonable, de la eficacia, venga a eliminar o dificultar los controles, especialmente el judicial. Ello es claro y no precisa de mayor explicación. Sencillamente porque sin eficacia no hay legitimación, pero también sin seguridad jurídica no hay Estado de derecho, y sin Estado de derecho no hay Estado constitucional.

De otro lado, en cambio, está la que podríamos llamar “crítica anticonstitucional” del garantismo. Es la que concibe a las garantías, en sí mismas consideradas, como obstáculos para el despliegue, en toda su plenitud, del poder, o si se quiere, del “poder popular” (aunque bajo este término lo que de verdad se esconde sea, como en tantas ocasiones, el poder de un partido o de un “caudillo”). Pues bien, ni el poder “popular” es válido si no actúa a través de las reglas del derecho, ni la “democracia”

está por encima de la ley, ni el derecho puede vivir sin las formas (no hay nada más deleznable, intelectualmente, que la crítica a la democracia constitucional por tildarla de “democracia formalista”). Ihering ya nos alertó, hace más de un siglo, que “la forma en el derecho es hermana gemela de la libertad y enemiga jurada de la arbitrariedad”. Y la forma, en el derecho constitucional, como después se explicará, no es tratar a ese derecho como si la Constitución fuese equiparable a la ley o como si los criterios hermenéuticos para obtener el sentido de las prescripciones constitucionales fuesen exclusivamente los que, de manera clásica, se vinieron utilizando para la interpretación de las leyes. Interpretar la Constitución, como más adelante veremos, es una operación mucho más compleja que interpretar las leyes, más todavía respecto de las Constituciones del presente, cuyo componente axiológico no puede ser desdeñado por los jueces a la hora de aplicar, de darle vida, a las normas constitucionales.

Por todo ello, cuando se denosta, sin más, el “garantismo” también se está denostando, inevitablemente, el “constitucionalismo”, que ha sido y es la forma más civilizada que los hombres, hasta ahora, han construido para vivir en sociedad.

De ahí la importantísima función que los jueces desempeñan (o su muy especial protagonismo) en los ordenamientos constitucionales del presente, que es de lo que ahora paso a ocuparme.

#### VIII. CONSTITUCIÓN Y ACTIVISMO JUDICIAL ¿EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEL PRESENTE COMO ESTADO CONSTITUCIONAL JURISDICCIONAL? LA FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA ACTUALIDAD

Las Constituciones del presente son disposiciones normativas de una gran complejidad. Como ya se dijo más atrás, esas Constituciones se caracterizan por su pretensión de establecer no solo el modo de ser jurídico del Estado, sino de toda la sociedad, por dotar de una determinada orientación al ordenamiento en su conjunto (tanto en lo que se refiere al derecho público como al derecho privado) con la consecuencia de que por ellas pasan, dicho en frase bien conocida, “todos los hilos del derecho”. De tal modo que esa amplitud del objeto que la Constitución pretende normar hace que además de normas estructurales (ya sean organizativas o procedimentales) contenga normas materiales de diversa significación (declarativas de dere-

chos fundamentales y de garantías institucionales, de establecimiento de mandatos al legislador, de imposición de fines que el poder debe cumplir, de señalamiento de cláusulas de habilitación, facultativas y no imperativas, etcétera). Al mismo tiempo, aquella pretensión de “orientar” de una determinada manera el derecho en su conjunto, hace que las normas de la Constitución contengan no solo reglas, sino también principios y valores, todas esas normas con la misma jerarquía y validez (como normas constitucionales que son) pero con diverso grado de eficacia.

A este fenómeno de amplitud, pero sobre todo de intensificación, del deber ser contenido en las normas constitucionales, muy propio del constitucionalismo democrático del presente frente a la más escueta normativación del viejo constitucionalismo liberal, también se le ha designado, a veces, como “nuevo constitucionalismo” o “neoconstitucionalismo”, como ya anticipé al comienzo de mi exposición. Yo a este significado de “neoconstitucionalismo” confieso que no le tengo especial simpatía, pues se presta a usos claramente incorrectos, en los que el prefijo “neo” en lugar de enriquecer al nombre que acompaña lo contradiga o desvirtúe (ese peligro suele acechar a casi todos los “neos”: “neoconservadurismo”, “neoliberalismo”, “neomodernismo”, “neoromanticismo”, etcétera). Pero acepto que se puede usar para referirse al fenómeno normativo que acabo de aludir siempre que se tenga claro que lo que entonces designa es, como también dije al principio, al “neoconstitucionalismo constitucional”, y no al deleznable “neoconstitucionalismo anticonstitucional”.

Hecha esta advertencia retomo el hilo de mi intervención. Por la extraordinaria complejidad normativa de los textos constitucionales, a lo que se añade el hecho, incuestionable, de que junto con unas prescripciones que han de ser obedecidas por todos los poderes constituidos (si no no sería una Constitución) la norma suprema ha de contener también normas dotadas de una clara capacidad de apertura para garantizar el pluralismo democrático de tal modo que en el marco constitucional quepan políticas legislativas distintas, la operación de interpretar la Constitución resulta distinta de la de interpretar la ley, por más complicada, más difícil, más delicada y por ello necesitada de unas técnicas propias capaces de ayudar a obtener, con objetividad, esto es, a través de una argumentación jurídicamente correcta, el sentido que cabe atribuir a las normas constitucionales para hacerlas efectivas habida cuenta de la muy especial singularidad que, por su naturaleza y su carácter, dichas normas suelen tener. Por ello, la función de los jueces (y sobre todo del juez constitucional como supremo intérprete de la Constitución) posee una dimen-

sión “recreadora” de la Constitución que no se puede negar, pero con el límite de que, al interpretarla, no pueden, en modo alguno, disponer libremente de ella. La Constitución será, y ello es obvio, lo que su supremo intérprete diga que es, pero, al mismo tiempo, esa función interpretadora tiene límites que el juez constitucional no puede transgredir, porque es el supremo intérprete de la Constitución, sí, pero no su supremo dueño. El juez constitucional no puede suplantar al poder constituyente ni al poder de reforma constitucional, porque si lo hiciera, actuaría como soberano, cosa que no lo es en una Constitución digna de ese nombre, esto es, en una Constitución democrática.

Es cierto que, en los “casos difíciles”, el intérprete de la Constitución puede encontrarse en una situación próxima a la discrecionalidad, pero, aun en esos casos, su interpretación ha de ser jurídica, esto es, basarse en razones jurídicas y no políticas o morales. La interpretación política de la Constitución corresponde hacerla al legislador y no al juez. Frente a lo sostenido por R. Dworkin, para quien, en los casos difíciles, aquellos en los cuales las normas constitucionales no ofrecen la suficiente precisión y dejan un amplio margen de indeterminación al juez para resolver el caso, el intérprete de la Constitución ha de acudir a la filosofía moral para obtener la respuesta, creo que esa no es, en modo alguno, una tesis admisible.

Como se sabe, ha habido autores que consideraron que el constitucionalismo clásico, o el concepto clásico de Constitución, supuso la crucifixión del iusnaturalismo, mientras que el constitucionalismo del presente ha supuesto la crucifixión del positivismo dado el componente axiológico de esas nuevas Constituciones. En mi opinión, el constitucionalismo del presente, por su contenido axiológico indudable, no ha supuesto, sin embargo, la crucifixión del positivismo, sino algo bien distinto, la “positivización del iusnaturalismo”, en cuanto que ha integrado en la norma constitucional (ha normativizado) determinados principios y valores (dignidad de la persona, derechos fundamentales, libre desarrollo de la personalidad, libertad, igualdad, justicia) que orientan axiológicamente el modo de ser del ordenamiento constitucional. Y como normas constitucionales que son, su interpretación ha de hacerse dentro de los métodos y argumentaciones que el derecho proporciona. Lo que sucede es que entonces, en los casos difíciles, hay que acudir, no a la filosofía moral, sino a la teoría general de la Constitución, de una Constitución y de un ordenamiento respecto de los cuales no cabe una teoría general universal del derecho (que era la pretensión kelseniana) sino una teoría general concreta del derecho constitucional, obtenida, a través del método his-

tórico-comparativo, dentro del género Estado constitucional de derecho democrático y social. Esa teoría general ha ido construyendo categorías jurídicas sólidas que permiten comprender (y por ello interpretar) a las Constituciones concretas pertenecientes a dicho género.

En definitiva, las normas constitucionales deben interpretarse mediante argumentaciones jurídicas y no mediante argumentaciones políticas o morales. En el correcto razonamiento jurídico de sus decisiones descansa la única legitimidad que el juez constitucional tiene para controlar los actos del poder. Y en atenerse a esos límites y en no suplantar ni al poder constituyente, ni al legislador (cuyos actos puede anular, pero no manipular), en hacer derecho y no política (social, económica, cultural o de cualquier tipo) reside la función de los jueces constitucionales. Ello no es obstáculo para reconocer que esa función es primordial en el Estado constitucional, en cuanto que les corresponde dotar de eficacia plena a la Constitución, extrayendo no solo de sus reglas, sino también de sus principios y valores, las potencialidades transformadoras que toda Constitución encierra. También salvaguardando las cláusulas de apertura que una Constitución democrática (obviamente, de democracia pluralista, pues no hay otra) ha dejado a la discrecionalidad política del legislador, y que, sustituyendo a éste (a las eventuales y cambiantes mayorías parlamentarias), el juez constitucional no debe cerrar.

El problema es que esta tarea de interpretar la Constitución es, por la complejidad de las normas constitucionales, una tarea igualmente compleja (jurídicamente compleja, pero jurídicamente también objetivable). Los problemas complejos requieren de argumentaciones complejas, de conocimientos complejos, como son los que permiten fundamentar correctamente la solución interpretativa. Como se ha dicho en frase conocida: “para cada problema complejo hay siempre una solución simple y... equivocada”. Aquí, pues, en la interpretación de la Constitución no caben simplificaciones. Por ello, solo unos jueces constitucionales suficientemente instruidos en el derecho constitucional y por ello capacitados para realizar la compleja tarea de interpretación de la Constitución están en condiciones de tomarse la Constitución en serio, esto es, de tomarla y utilizarla como lo que es (y no puede dejar de ser, salvo que se la destruya): un conjunto de normas jurídicas que, como derecho, han de ser interpretadas jurídicamente. Sin la justicia constitucional, la Constitución no puede existir, ya que sería una hoja en blanco que el legislador podría rellenar a su capricho. Sin una justicia constitucional celosa guardadora de sus propios límites interpretativos, la Constitución tampoco podría existir, ya que se trataría de una hoja en blanco que el juez constitucional

podría rellenar a su capricho, usurpando no solo la potestad del legislador, sino también (no es claro cuál de las dos cosas es peor) la potestad constituyente.

Dicho lo anterior, es claro que, ateniéndose a tales límites, pero tomándose muy en serio el texto constitucional, que requiere, sobre todo en materia de derechos, de una interpretación jurídica que proyecte sobre los mismos el inevitable componente valorativo y principal que les da sentido y que orienta a la Constitución y a la totalidad del ordenamiento, la función de los Tribunales Constitucionales resulta hoy absolutamente crucial en las democracias modernas. Quizá por esa compleja y delicada tarea interpretativa dotando de vida en cada momento a la Constitución y presidiendo, de ese modo, el desarrollo de la misma para hacerla eficaz frente a todos los poderes públicos e incluso los poderes privados, es por lo que gran parte de los Estados de nuestro tiempo han optado por establecer Tribunales Constitucionales, o transformar a sus Tribunales Supremos también en Tribunales Constitucionales, como órganos especializados para depurar el ordenamiento (sobre todo las leyes) con efectos *erga omnes*, para resolver los conflictos entre los poderes del Estado, para convertirse en garantes últimos de los derechos de los ciudadanos y, en fin, para desempeñar su importantísima tarea de intérpretes supremos de la Constitución y de la constitucionalidad de la ley con efectos vinculantes para todos los poderes del Estado y especialmente para todos los demás jueces y tribunales ordinarios.

## NOTAS AL PRESIDENCIALISMO MEXICANO

*A la memoria del doctor Jorge Carpizo*

Miguel ARROYO RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Presentación.* II. *El entorno.* III. *Los orígenes del sistema presidencial.* IV. *El sistema presidencial.* VI. *El presidencialismo.* VII. *Conclusión.* VIII. *Bibliografía.*

A lo largo de casi 30 años, tuve la suerte de contarme entre los alumnos del doctor Jorge Carpizo, y tener el privilegio de su amistad. Siempre cordial, sencillo en su trato y ejemplar. Lo encontré por última vez circunstancialmente en el aeropuerto de la Ciudad de México en la época decembrina anterior a su lamentable deceso. La charla del encuentro fortuito se alargó hasta que con su inconfundible sonrisa me dijo algo así como “Miguel, no vayamos a perder el avión”. Aquella mañana tomamos vuelos diferentes.

Recuerdo que pensé que lo había visto contento, tranquilo, satisfecho. Su fallecimiento me sorprendió en una carretera con un rumbo sin sentido. Sin señal en el teléfono celular, escuche por la radio incrédulo una noticia que nunca hubiera querido saber.

Jorge Carpizo fue todo lo que un jurista puede aspirar a ser, pero sobre todo fue un hombre de principios, recto, inquebrantable y leal a la amistad.

Nos vemos en el eterno querido Maestro.

### I. PRESENTACIÓN

Agradezco profundamente la invitación del Instituto de Investigaciones Jurídicas para participar en la honra colectiva en memoria del doctor Jorge Carpizo, por supuesto al doctor Héctor Fix-Fierro, amigo admirado y

compañero de estudios en nuestra Facultad de Derecho, y al muy estimado doctor Miguel Carbonell, tal consideración.

Para efectos de esta colaboración decidí tomar como punto de encuentro la conocida obra del doctor Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, con la cual tuve mi primer acercamiento, apenas iniciados mis estudios de licenciatura en Derecho en la UNAM. Me parece que en dicha obra el doctor Carpizo realizó un profundo análisis sobre la forma en que operaba al momento de escribirse y durante muchos años después aún, al sistema presidencial mexicano, tomando como base las disposiciones constitucionales y analizando cómo se desarrollaba dicho articulado, en la práctica.

Don Jorge Carpizo, entró así en arenas movedizas, pues no repara en la exposición objetiva del comportamiento del régimen presidencial en México, que llevado al extremo de la preponderancia del presidente dentro del sistema calificó acertadamente de “presidencialismo”. Al inicio de la obra comentada Jorge Carpizo realizó un recorrido histórico-jurídico sobre los antecedentes y desarrollo del sistema presidencial, sobre lo cual versa la siguiente nota.

## II. EL ENTORNO

El doctor Jorge Carpizo McGregor realizó significativas aportaciones, tanto a la teoría política internacional y nacional, como a la práctica de la misma. Sus reflexiones y estudios sobre el sistema político mexicano que muy tempranamente plasmó en su conocida obra *El presidencialismo mexicano*, cuya primera edición vio la luz en 1978, lo llevaron a incursionar en el análisis de un sistema político refractario a la crítica, por tenue que ésta fuera, y a fabricar un espejo en el cual el propio sistema podía contemplarse para corregirse y evitar su deformación, ya anunciada por algunos signos, pero difícil sin duda alguna de percibir para el grueso de la sociedad y de los analistas, que embelesados se derretían de placer ante los discursos presidenciales de un titular del Poder Ejecutivo de profunda y notable cultura y extraordinaria oratoria como lo fue José López Portillo, y que para 1978 disfrutaba de su más alto momento de prestigio y de acumulación de poder, inundando de optimismo a una sociedad que se preparaba para administrar la abundancia gracias a los recursos que ingresaban por el aumento internacional de los precios del petróleo que provocaron que el presidente, que no era economista, y sus asesores, que sí lo eran, realizaran proyecciones optimistas de los ingresos federales y el gasto público.



El presidente anunciaba a una nación jubilosa y al mundo petrolero sorprendido, que el país contaba con 72 000 millones de barriles petroleros en su reserva probada, cuando según se supo, algunos años después, en realidad eran no más de 30 000 millones. No se sabe si el presidente sabía de esta diferencia abismal, pero sus asesores tenían sin duda pleno conocimiento de ello. Terminado el periodo presidencial, el presidente se retiró a la soledad de su despacho y su tristeza, sus asesores no.

De cualquier forma, en lugar de administrar la abundancia, se derrochó un excedente valioso en términos históricos y económicos, para un país hundido desgraciadamente como hoy, en la pobreza. López Portillo cargó con la responsabilidad histórica y política, México con una deuda y con una década perdida en medio de la inflación desmedida y el caos financiero, en una atmósfera mundial de recuperación y bonanza, como fueron los años ochenta para las economías de Europa y de los Estados Unidos de América. Con el país nos empobrecimos todos.

Es pues notable, que ante esa figura omniabarcante, en casi todos los sentidos, ante ese presidente que se pretendía universal, político, escritor, filósofo, artista, dibujante, pintor, caballista, esgrimista, atleta y que se percibía asimismo como Malraux, hombre de acción y de reflexión y en un entorno promisorio, que hacía parecer fuera de tono el análisis académico de un sistema que se complacía en haber logrado casi su punto de perfección política y administrativa, Jorge Carpizo se hubiere aventurado a escribir y publicar la obra mencionada. Ofreció, decíamos, el maestro Carpizo, un espejo al sistema. Este tipo de contribuciones suelen ser como lo fue en este caso, probablemente en un primer momento, poco apreciadas por quienes gobiernan. No en vano Edmund Burke, estudioso de la ciencia política y político, como lo sería el propio Jorge Carpizo, escribiría casi doscientos años antes (y de quién Lord Acton escribiría: “Burke en su mejor expresión es la mejor expresión de Inglaterra”):<sup>1</sup>

Es empresa hartamente delicada examinar las causas de los desórdenes públicos. Si acaece que un hombre fracasa en tal investigación, se le tachará de débil y visionario; si toca el verdadero agravio, existe el peligro de que roce a personas de peso e importancia, que se sentirán más bien exasperadas por el descubrimiento de sus errores, que agradecidas porque se les presente ocasión de corregirlos. Si se ve obligado a censurar a los favoritos del pueblo, se le considerará instrumento de poder; si censuran a quienes lo ejercen dirán de

<sup>1</sup> Burke, Edmund, *El descontento político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 3.

*él que es un instrumento de facción. Pero hay que arriesgar algo siempre que se ejercita un deber... y si tienen la fortuna de descubrir la verdadera causa de los males y desarrollar algún método probable de eliminarla, sirven ciertamente a la causa del gobierno, aunque puedan desagradar a los gobernantes del momento.*<sup>2</sup>

### III. LOS ORÍGENES DEL SISTEMA PRESIDENCIAL

El joven jurista, pero ya notable y destacado, se plasmó con su obra mencionada, como un jurista de estricto y riguroso análisis y de convicciones firmes e inquebrantables que no tiene reparo para calificar el sistema presidencial de México como *presidencialismo puro*, es decir, como aquel representado por una predominancia absoluta del presidente sobre los factores políticos de la Nación y realiza además un análisis y relación de los antecedentes del sistema presidencial y la decidida influencia que en ello tuvo la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y sus antecedentes, entre los que podríamos agregar por supuesto, la Declaración de Virginia de 1776, y la Constituciones de Nueva York de 1777 y de Massachusetts de 1780, que nuestro maestro cita en su obra.

Las ideas que desembocarían con la formación de una República presidencial, se generaron en el concepto del derecho natural, en la parte teórica. En la parte política, en la añeja contienda inglesa entre corona y clases terratenientes, que se generó, entre 1640 y 1660 en Inglaterra. Como consecuencia de este conflicto, aparecieron disposiciones avanzadas que sentaron un precedente para las grandes transformaciones jurídicas de finales del siglo XVIII. Tal es el caso del conocido *Agreement of the People*, el cual declara que el parlamento representa la voluntad del pueblo y establece la existencia de un cuerpo popular y representativo constituido en una sola cámara y a la cual se accedía mediante elección, y el *Instrument of Government* de 1654, que dispuso la figura de un *lord protector* y un parlamento elegido sobre la base de capacidad económica por condiciones de propiedad (Oliverio Cromwell impediría la vigencia de este instrumento y dispondría una especie de gobierno de transición que terminó por ser una dictadura militar). La idea de participación de diversos sectores en la toma de decisiones, sería el fundamento de origen de las cámaras del sistema presidencial que se consolidarían en las colonias americanas, particularmente al momento de ser declarada su independencia.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 5 y 6.

La emigración colonizadora inglesa produce la confluencia, quizá paradójica, de un puritanismo intolerante basado en el antiguo testamento bíblico con fuerte influencia calvinista y los postulados democráticos que tomaban las ideas de pacto social como origen de la organización política y que venían siendo dibujados claramente en Inglaterra desde el siglo XVII por Thomas Hobbes, sin restar importancia por supuesto a John Locke; John Milton con su apasionada defensa del derecho de libertad de expresión como un privilegio de la ciudadanía y James Harrington, asiduamente recurrido según se sabe, por Thomas Jefferson (un ejemplar de la propia obra de Harrington, de *Commonwealth of Oceanna*, se conserva en la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América). Hay que considerar por supuesto, que posiblemente la idea de los derechos innatos, inalienables y sagrados:

... no es de origen político, sino religioso y se origina en las Colonias de los protestantes puritanos ingleses y holandeses, que se establecen en América en el siglo XVII, a partir del congregacionismo de Roger Williams desde 1640 y que se plasmara por primera vez en la “Royal Charter” de Rhode Island de 1663, que consagra la libertad religiosa o de conciencia, matriz de los demás derechos fundamentales (de opinión, de prensa o de reunión).<sup>3</sup>

Parece entonces que el sistema presidencial en su forma y práctica, se delineó en las congregaciones parroquiales de las colonias americanas, en las que las pequeñas comunidades normalmente aisladas y dejadas a su suerte, se reunían en torno a su párroco o pastor para tomar democráticamente las decisiones que afectaban a dicha comunidad, en forma de asamblea presididas entonces por dichos personajes, incluso en muchas de estas comunidades se llegaba a elegir al ministro religioso practicando de hecho el *self-government*.

#### IV. EL SISTEMA PRESIDENCIAL

El sistema presidencial estadounidense tuvo entonces como origen inmediato una práctica política muy acentuada dentro de la forma de vida de las colonias, en la cual la división de poderes no solo era teórica, sino que

<sup>3</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos humanos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, 2a. ed., España, Civitas, 2001, pp. 55 y 56.

estaba probada en la vida cotidiana como una forma de convivencia política viable y que requería como ahora, para la consecución de los fines naturales de la política y el bienestar de la sociedad, la actuación de un líder “presidente”, con preparación, inteligencia y fortaleza.

De hecho, uno de los grandes problemas del funcionamiento del sistema presidencial, radica precisamente en que se requiere de cualidades subjetivas que deben confluir en quien detenta la Presidencia de la República y en una concertación política de los factores reales de poder, que debe operar eficientemente para darle viabilidad al modelo presidencial, el cual tiene su forma representativa en el éxito del régimen presidencial estadounidense, en el que han además confluído otros factores y elementos que Jorge Carpizo destacó en su obra:

Los Sistemas Presidenciales se han inspirado en el modelo norteamericano: porque en Estados Unidos se creó, porque ahí ha funcionado y bien. Sin embargo, no hay que desconocer que el régimen presidencial es sólo una pieza dentro del sistema político norteamericano, y no es posible hacer un diagnóstico sobre él, si no se le relaciona con los poderes legislativo y judicial, con el sistema bipartidista, con el federalismo, es decir, con las otras piezas que lo configuran.<sup>4</sup>

Entre las otras piezas “que configuran al sistema presidencial estadounidense”, habría que agregar el control fáctico de las decisiones políticas por las grandes corporaciones empresariales, las cuales tienen una gran influencia en el gobierno a través de la relaciones que establecen con los congresistas y senadores, corporaciones que por supuesto incluyen a los medios de comunicación, los cuales orientan a la opinión pública para que ésta en su mayoría, sea acorde con el *american way of life*.

De hecho, puede afirmarse que ni aún en los peores momentos del régimen presidencial estadounidense, éste ha estado en crisis.

... *Loewenstein se sorprende de que el presidencialismo norteamericano haya resistido crisis como la guerra civil, las depresiones económicas y las dos guerras mundiales, ya que siguiendo a Bryce, opina que es “lento y difícil de manejar, engorroso”, y tiende más a la seguridad que la rapidez, a pesar de lo cual ha logrado un buen ritmo de estabilidad política.*<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Carpizo McGregor, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 2a. ed., México, Siglo XXI, 2011, p. 16.

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

Influencia significativa debieron tener igualmente las órdenes iniciáticas a las que pertenecieron no solo líderes en la Revolución americana, sino también de la Revolución francesa. No en balde como se sabe, ambos movimientos se nutrieron de ideas filosóficas similares, y significativo es el hecho de que Thomas Jefferson se encontrara en París cuando se delineaba la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre. Igual influencia, que en la estructura del gobierno republicano de los Estados Unidos, tuvieron en la conformación de la Constitución mexicana de 1824, que según se dice, fue redactada prácticamente en su totalidad por el constituyente de Cádiz, José Miguel Ramos Arizpe.

El sistema presidencial estadounidense, fue resultado de una paulatina evolución política y del desarrollo filosófico de las ideas de libertad e igualdad, que se plasmaron no solo en todos los órdenes de la vida europea, sino por supuesto en la práctica política como se ha mencionado, de las colonias americanas. Sea como fuere, los principales textos fuente en los que se basó la estructura de la Constitución americana eran del conocimiento de la intelectualidad política de la época. Un poco la Declaración de los Derechos del Hombre, francesa, resultó una síntesis de este verdadero alud de las ideas políticas que se centraban sobre la base de la igualdad y de la libertad, derechos que hoy nos parecen elementales y fundamentales, pero que en una época en la cual los estamentos sociales aun regían la vida cotidiana, resultaban por supuesto revolucionarios.

Recordemos solo como ejemplo, los artículos 1o. y 2o. de la Declaración decretada por la Asamblea Nacional, como se sabe en las sesiones de los días 20, 21, 22, 23, 24 y 26 de agosto y 1o. de octubre de 1789, aceptados por el rey el 5 de octubre de ese mismo año.

Artículo 1°. Los hombres nacen libres e iguales en derechos y las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común.

Artículo 2°. El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

La Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, que fue no solo luminosa en su texto, sino que lo fue igualmente en su construcción, no avasalló sin embargo a toda la intelectualidad europea de la época. Guido de Ruggiero recuerda que Jeremy Bentham, cuestionó seriamente la estructura filosófica y jurídica de la declaración a la que ubicó en la categoría de sofismas políticos:

... No es verdad que todos los hombres nazcan libres; al contrario, nacen sometidos. No hay derechos naturales imprescriptibles anteriores al Estado. Todo derecho presupone una autoridad que lo sanciona, y hablar de derechos naturales es una petición de principio. Si poseyéramos ya leyes perfectas, ¿para qué hacerlas de nuevo? Los presuntos derechos naturales son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Pero si la libertad es de derecho natural, tiene que ser ilimitada. No pueden, por tanto, existir derechos, ya que no cabe crear un derecho sin una obligación correspondiente, es decir, sin limitar la libertad.<sup>6</sup>

Para Bentham las sociedades se constituyen por el interés individual, que va formando la estructura social al tener que hacerse compatible con otros intereses individuales, cuyo contenido real no será el ideológico sino el económico:

... No es el hombre provisto de derechos, sino el *homo oeconomicus*, la célula de la sociedad moral y política. Traduzcamos en términos de economía las abstractas fórmulas jurídicas de las declaraciones y veremos cómo se constituye sobre una base más sólida el edificio social.<sup>7</sup>

El utilitarismo se nutre de la incipiente actividad industrial inglesa que había transformado la vida cotidiana y que llegaría pocos años más tarde a consolidarla como la primera potencia mundial. De alguna manera las ideas y los intereses ingleses y franceses se encontrarían en el campo de batalla donde Wellington derrotaría temporalmente más que a un ejército a una visión de la humanidad, que en su momento serían adoptados universalmente y cuya defensa, paradoja de la historia, asumiría Wiston Churchill en contra de las hordas del nazismo.

## VI. EL PRESIDENCIALISMO

Con orígenes similares e idénticos, el presidencialismo mexicano funcionó en forma diversa al sistema presidencial estadounidense y mientras que en los Estados Unidos de América dicho sistema se convirtió en el motor de

<sup>6</sup> De Ruggiero, Guido, *Historia del liberalismo europeo*, trad. de Carlos G. Posada, México, Comares, 2005, p. 98.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 99.

una potencia mundial, en México el resultado es lo que hoy tenemos y cuyo panorama era aun más confuso en los años en que el doctor Carpizo publicó sus escritos sobre dicho tema. Probablemente en aquella época, la mayoría de los análisis se reflejaban en la tesis de que el partido dominante solo podría ser transformado por una escisión motivada por la disputa del poder. Esta tesis casi se confirma algunos años después como es ampliamente conocido, pero difícilmente se dibujaba el escenario de una derrota en las urnas y una entrega institucional del poder.

El sistema presidencial de los Estados Unidos de América, funciona de una manera que solo puede funcionar en los Estados Unidos de América, valga la frase. Es decir, los factores políticos y económicos que provocan como lo conocemos el funcionamiento del sistema presidencial de ese país, ocurren solo en dicha nación y no se repiten tal cual en ningún otro país del orbe. Estos factores extrajurídicos, y que van más allá del texto constitucional, como ya lo apreciaba el doctor Carpizo, hoy en día los podríamos establecer haciendo un resumen llevado al límite, en mi opinión, que podrá ser sin duda objeto de crítica en la forma siguiente:

- a) Participación de las corporaciones empresariales en las decisiones de gobierno.
- b) Participación de la sociedad civil fuertemente orientada por los medios de comunicación.
- c) Bipartidismo prácticamente sin oposición.
- d) Democracia indirecta funcional (aquí cabe señalar que en realidad el modelo democrático estadounidense no ha sido puesto a prueba, es decir, no ha habido un candidato o un partido que se salga de los parámetros de lo que los factores de poder de ese país consideran tolerables. Salvo por supuesto el caso de Lincoln, curiosamente la guerra civil americana enfrentó dos modelos económicos llevando al campo de la acción los postulados de Jeremy Bentham).

Sin embargo, cabe señalar que los Estados Unidos no han resistido la tentación de tratar de exportar su modelo político, postulando que es el único modelo que puede asegurar una convivencia, permítaseme el término “feliz”, para las sociedades del mundo. No importando por supuesto, situación económica, estructura social (incluida religión) y otras características particulares de las sociedades. En el fondo la exportación del modelo político es en realidad la del modelo económico, que permite la defensa de los intereses de las grandes corporaciones empresariales del vecino país del norte. Bentham se colmaría de felicidad si pudiera contemplar este fenómeno.

Por supuesto que, la exportación del modelo americano se legitima con el hecho de que preserva los grandes valores fundamentales contenidos ya en su Constitución, en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y en el catálogo de derechos humanos de última generación. Sin embargo el ingrediente extraño a este idealismo exportable será siempre el interés de las grandes corporaciones chocando contra los intereses individuales y sociales, que a su vez pueden repercutir en un Estado débil por ser tomado a fuego cruzado (otra vez se nos aparece Bentham). Baste una revisión de la situación mundial de 2009 a la fecha, para encontrar la base de lo dicho.

## VII. CONCLUSIÓN

De la primera edición de *El presidencialismo mexicano* a la fecha, el modelo político nacional ha transitado de un Ejecutivo absolutamente dominante apuntalado por un partido absolutamente mayoritario, con un congreso dócil y un Poder Judicial siempre en consonancia con la opinión del Ejecutivo, a un pluripartidismo con un Ejecutivo que requiere construir su solidez en la gestión política cotidiana, un congreso inmerso en el re juego de las diversas fuerzas políticas, y un Poder Judicial que ha recobrado prácticamente el espacio que le corresponde conforme al diseño político original-teórico.

No entramos por supuesto al factor sociedad civil, que ha tomado una importancia relevante, ni al tema de los medios de comunicación, que se desarrollan con plena libertad y que por cierto trató con una claridad descarnada para la época el propio doctor Carpizo en su obra.

El gobierno federal tiene dos canales de televisión: el 11 y el 13. En la actualidad, tanto la radio como la televisión son medios de comunicación muy importantes, ya que llegan a las grandes masas; por esta razón el ejecutivo federal no se anda con contemplaciones cuando se trata de impedir que se salgan de los canales que considera son los adecuados. Así, podemos recordar que durante el sexenio del presidente Echeverría, desde dependencias oficiales se fomentó una campaña contra la televisión con ánimo de asustar y disciplinar a los titulares de esas concesiones, campaña que logró ampliamente los fines que perseguía. También el ejecutivo ha logrado tener un cierto control de la prensa, control que ha variado de acuerdo con el presidente, pero que en los últimos lustros se ha venido afinando. El papel está controlado por la



productora e importadora de papel, S. A. (PIPSA), y es esta compañía la que suministra el material, además de que algunas casas editoriales pueden hacer compras a crédito y quedarle a deber dinero. Por otra parte el propio gobierno es dueño de varios periódicos como es el caso de El Nacional.<sup>8</sup>

La generación que ha transitado este cambio dará cuenta de que este país es radicalmente diferente al que teníamos a finales de la década de los setenta.

La evolución política de México, se debe a hombres luminosos entre los que por supuesto se encuentra el doctor Jorge Carpizo, que le dieron rumbo político a una sociedad que parecía vivir en estado latente, en un islote (según la propia expresión que alguna vez utilizó Díaz Ordaz). Estos líderes desataron una fuerza social contenida y que ahora se manifiesta en una diversidad que nos asombra a los que hemos conocido estos dos Méxicos.

#### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BURKE, Edmund, *El descontento político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 2a. ed., México, Siglo XXI, 2011.
- DE Ruggiero, Guido, *Historia del liberalismo europeo*, trad. de Carlos G. Posada., Granada, Comares, 2005.
- GARCÍA de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2001.
- HOBSBAWN, Eric, *La era de la Revolución, 1789-1848*, trad. de Félix Ximénez de Sandoval, Barcelona, Crítica, 1997.
- RUDÉ, George, *La Revolución francesa*, trad. de Aníbal Leal, Buenos Aires, Javier Vergara Editor, 1989.

<sup>8</sup> Carpizo McGregor, Jorge, *op. cit.*, p. 165.



## EL BLOQUE Y EL PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

*A Jorge Carpizo, vehemente defensor de los derechos humanos*

César ASTUDILLO\*

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *Presupuesto esencial: la distinción entre parámetro y bloque de constitucionalidad.* III. *Reconocimiento y evolución jurisprudencial del parámetro de constitucionalidad.* IV. *El bloque de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* V. *La composición del bloque de constitucionalidad.* VI. *Para concluir: la caracterización del nuevo bloque de derechos.*

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente trabajo tiene como propósito analizar las nociones de *bloque* y *parámetro de la constitucionalidad* como categorías dogmáticas que recientemente han adquirido importantes desarrollos jurisprudenciales en México, y cuyos alcances e implicaciones apenas han comenzado a discernirse en el ámbito académico y jurisdiccional.

Para ello, se advierte la inicial necesidad de conferir un contenido sustancial al concepto de “bloque” y una dimensión procesal al vocablo “parámetro”, con el objeto de distinguir entre lo que representa una agregación permanente de derechos fundamentales (a los que se reconoce idéntico valor constitucional) y lo que significa una integración temporal de derechos y otras disposiciones, con motivo de un específico enjuiciamiento constitucional.

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. *cesar@unam.mx*, *@AstudilloCesar*. Agradezco la diligente colaboración de mis asistentes, maestra Caridad Hernández Zenteno y maestro Marcos I. Martínez Alcázar.

En su parte central, la presente contribución da cuenta de la evolución que el *bloque de constitucionalidad* ha tenido en la interpretación de nuestro máximo tribunal, a partir de una etapa inicial de negación de la figura, una posterior mención semántica, hasta su reciente reconocimiento y delimitación en la contradicción de tesis (en adelante C. T.) 293/2011.<sup>1</sup>

A partir de lo sostenido en este pronunciamiento, se enfatiza en el análisis de la composición del bloque, a través de la determinación de los derechos que confluyen en él, y de aquellos otros que no están incorporados; asimismo, se reflexiona en torno a la importancia que revisten los derechos reconocidos por la jurisprudencia constitucional e internacional, y aquéllos que se encuentran reconocidos en los catálogos de derechos de las Constituciones estatales, con el objeto de advertir su idoneidad para pertenecer al bloque.

Finalmente, se realiza una aproximación a la caracterización del nuevo bloque de derechos, acentuando los elementos que lo separan de la connotación que por décadas se pregonó de la parte dogmática de la Constitución, y se exponen las particularidades que hoy hacen de ese catálogo una fuente de derechos flexible, abierta, indeterminada y de un contenido ideológicamente heterogéneo; lo cual conduce, además, a un cambio sustancial en la función reconocida a la Constitución, que pasa de *fuentes única de derechos* a concebirse como *fuentes de las fuentes sobre derechos fundamentales*, cuya protección y tutela se reconoce ahora, de manera difusa, a todos aquellos que ejerzan la función jurisdiccional, y cuyo sometimiento al nuevo paradigma de derechos los obliga a interpretar este renovado bloque de constitucionalidad en concordancia con los principios que constituyen la moral constitucional, las prácticas, convenciones y costumbres enraizadas en la conciencia social, y los valores que conforman el *background* cultural sobre el que, inexorablemente, se asienta la Constitución.

La presente contribución se ha preparado para el libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo, convocado por la Universidad Nacional Autónoma de México a través de su Instituto de Investigaciones Jurídicas. No he encontrado mejor forma de homenajear a un vehemente defensor de los derechos humanos que reseñando una de las resoluciones más trascendentes de nuestro máximo tribunal. Al margen de la concepción formal sobre las fuentes de los derechos y la jerarquía normativa, la C. T. 293/2011 adquiere la totalidad de su sentido al poner a discusión el significado y la trascendencia de que la persona sea considerada el centro de

<sup>1</sup> Resuelta por el Pleno de la Suprema Corte en la sesión pública celebrada el 3 de septiembre de 2013. Engrose consultado en: <http://www2.sejn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>.

reconocimiento del bloque de derechos y libertades más extenso posible, sin regateos de ninguna especie, concibiendo debidamente que la dignidad humana que le es inherente se acredita en la garantía del ejercicio efectivo y el óptimo disfrute de los mismos en la vida cotidiana, algo en lo que Jorge Carpizo creía firmemente.

## II. PRESUPUESTO ESENCIAL: LA DISTINCIÓN ENTRE PARÁMETRO Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Las acepciones *bloque* y *parámetro* de constitucionalidad pueden entenderse desde una acepción descriptiva o prescriptiva. La primera se limita a realizar la exégesis de un fenómeno determinado a partir del ser, mientras que la segunda se dirige a aportar datos para la reconstrucción del fenómeno en estudio a partir del deber ser.<sup>2</sup>

El empleo meramente descriptivo de las nociones aludidas ha generado que con frecuencia se les utilice como términos intercambiables. En las distintas aproximaciones conceptuales realizadas por la doctrina comparada y mexicana, así como en el propio lenguaje jurisdiccional, se advierte con relativa facilidad que se utilizan como sinónimos; es común, en ese sentido, la referencia de que el *bloque de constitucionalidad* es un “parámetro de constitucionalidad”, un “parámetro de control” o un “parámetro” de control de la regularidad constitucional, con lo cual entre ambas nociones parece no existir distinción alguna.<sup>3</sup>

La acepción prescriptiva, en cambio, permite distinguir ambas nociones, asignarles una definición propia y un contenido específico, determinar su composición interna y delimitar la función que como categorías jurídicas cumplen cada una dentro del ordenamiento constitucional.

Acaso por ello, la vocación sustancial del bloque y procesal del parámetro, ha intentado ser definida desde la doctrina a través de la distinción entre el bloque de constitucionalidad *lato sensu* y *stricto sensu*, o bien, mediante el uso de las nociones “bloque constitucional” y “bloque de la

<sup>2</sup> Seguimos en este punto a Scarpelli, Uberto, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, Casa Editrice Nuvoletti, 1955, p. 37.

<sup>3</sup> Como señala Itziar, el parámetro se encuentra muy cercano al concepto de bloque, al grado de utilizar aquél como sinónimo absoluto de éste, cuando “en realidad se comporta con él como un todo en relación con una de sus partes”. Véase Gómez Fernández, Itziar, “Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después”, *Estudios de Deusto*, Bilbao, vol. 54/1, enero-junio de 2006, p. 63.

constitucionalidad”.<sup>4</sup> Es el caso que se prefiere utilizar los términos *bloque* y *parámetro*,<sup>5</sup> porque desde su inicial acepción descriptiva se advierte que una proyecta la imagen de un cuerpo homogéneo, y la otra, la de un canon de referencia que parece exponer ideas poderosas que coadyuvan a delimitar mejor ambos conceptos. Como señala Requejo, “nos encontramos ante dos realidades bien distintas que merecen una denominación específica y requieren un trato separado”.<sup>6</sup>

En este sentido, resulta necesario ahondar en una distinción que nos parece elemental, con la intención de ubicar el ámbito en el que cada categoría debe ser utilizada, presuponiendo que la función que desempeñan es diametralmente distinta.

La acepción *parámetro*, desde su contenido habitual, representa el dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación.<sup>7</sup> Evoca la idea de *arquetipo* o *modelo*, y en sentido amplio indica la existencia de un *punto de referencia* que inevitablemente se transforma en un *criterio de comparación*.

En el contexto de los derechos, el parámetro adquiere un contenido prescriptivo que describe el referente normativo a partir del cual se lleva a cabo el control de constitucionalidad y de convencionalidad de las disposiciones jurídicas y de los actos de los poderes públicos. Es, como señala Cruz Villalón “el sujeto de control, el derecho aplicable; es decir, el conjunto de ordenamientos que deben entrar en aplicación a la hora de resolver un determinado problema jurídico”;<sup>8</sup> se constituye, como lo apunta Gómez:

Por aquellas disposiciones legales que el juez utiliza como referente a la hora de someter a control de ajuste constitucional las normas con rango de ley, las disposiciones, resoluciones o actos de los poderes públicos centrales o autonómicos, y los actos ejecutados por los agentes del poder público.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Requejo Rodríguez, Paloma, “Bloque constitucional y comunidades autónomas”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Monográfico, Madrid, núm. 22, vol. II, 1988, pp. 117 y 118.

<sup>5</sup> En sentido similar, Gómez Fernández, Itziar, “Redefinir el bloque de...”, *cit.*, pp. 62 y ss.

<sup>6</sup> Requejo Rodríguez, Paloma, “Bloque constitucional...”, *cit.*, p. 119.

<sup>7</sup> “Parámetro”, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Real Academia Española-Espasa-Calpe, 2009, t. II, p. 1678.

<sup>8</sup> Cruz Villalón, Pedro, “Intervención”, en Favoreu, Louis *et al.*, *Bloque de constitucionalidad (Simposium Franco-Español de Derecho Constitucional)*, Sevilla, Civitas, 1991, p. 166.

<sup>9</sup> Gómez Fernández, Itziar, “Redefinir el bloque de...”, *cit.*, p. 69.

Es el reconocimiento de la función que ejerce al interior de una disputa judicial, y más específicamente de una controversia en donde se analiza la conformidad o disconformidad constitucional de una ley, lo que confiere al parámetro una evidente vocación procesal. En este sentido, es una noción vinculada a la función subjetiva de los derechos, ya que a través de esa connotación, los derechos aparecen como expectativas justiciables ante cualquier vulneración que afecte su contenido, de donde emerge la obligación de los jueces de proceder a su tutela efectiva.

Se puede señalar que *el parámetro de constitucionalidad representa la agregación eventual de derechos fundamentales adscritos al bloque de la constitucionalidad, de criterios jurisprudenciales nacionales e internacionales y de disposiciones jurídicas sustantivas, procesales y orgánicas de carácter subconstitucional que, en conjunto, se erigen como criterio o canon de enjuiciamiento para la resolución judicial de controversias de contenido constitucional.*

El concepto “bloque”, en su acepción común, se refiere a un conjunto coherente de cosas con alguna característica compartida.<sup>10</sup> Evoca la idea de *solidez y unidad*, a partir de que en su concepción tradicional, exterioriza algo que no puede ser escindido o dividido.<sup>11</sup>

Desde una perspectiva prescriptiva, la noción es de gran utilidad porque a partir de ella es posible determinar que el conjunto de derechos caracterizados por su “fundamentalidad”<sup>12</sup> deben formar parte de un único *continente* jurídico, es decir, integrar un bloque unificado con independencia de la fuente que inicialmente los reconozca. Además, en virtud de esa característica compartida se les hace partícipes de un valor común, el *valor constitucional*, sin que ninguno de los derechos o libertades que lo componen pueda pregonar una *preeminencia formal* sobre los demás.

En este sentido, desde una acepción prescriptiva, *el bloque de constitucionalidad representa la unidad inescindible y permanente de derechos fundamentales de fuente constitucional e internacional reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano, caracterizados por estar elevados al máximo rango normativo y, como consecuencia, compartir el mismo valor constitucional, sin que ninguno de ellos tenga una preeminencia formal sobre los otros.*

<sup>10</sup> “Bloque”, *Diccionario de la Lengua Española*, cit., t. I, p. 326;

<sup>11</sup> La noción de bloque empleada por el derecho francés tiene precisamente esta connotación, como lo refiere Favoreu, Louis *et al.*, *Bloque de constitucionalidad...*, cit., p. 20.

<sup>12</sup> La cualidad de “fundamental”, de conformidad con Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, p. 314; Bastida, Francisco J. *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 28.

Conforme a lo sostenido hasta ahora, se constata que las nociones *bloque* y *parámetro* se refieren a cosas distintas:

- La primera es una acepción vinculada a contenidos sustanciales, mientras que la segunda a contenidos procesales.
- Una adquiere la totalidad de su sentido en la lógica del sistema de las fuentes, mientras que la otra, en el derecho procesal constitucional.
- Una se dirige a agregar normas que comparten el mismo valor jurídico, mientras que la otra, a agregar disposiciones de diferente naturaleza y jerarquía.
- Una representa una unidad inescindible y permanente de derechos fundamentales, mientras que la otra, una agregación eventual de los mismos con propósitos procesales.
- Una tiene la finalidad genérica de agregar bajo la misma cobertura constitucional a un conjunto de derechos, mientras que la otra tiene la finalidad práctica de servir como premisa mayor del enjuiciamiento constitucional.
- Una se vincula a la noción de “Constitución material” que hace de la ley fundamental la regla de reconocimiento y racionalización de las distintas fuentes del derecho y, particularmente, de las “fuentes de los derechos”, y la otra, con la “Constitución procesal” que ubica a la norma suprema como criterio de enjuiciamiento práctico para la resolución judicial de las controversias pertenecientes a su esfera.<sup>13</sup>

No obstante sus diferencias, su cometido es el mismo, ya que ambas categorías se dirigen a reconducir a unidad, a ordenar y conferir racionalidad a un conjunto de normas del ordenamiento que sirven a los propósitos señalados.

### III. RECONOCIMIENTO Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD

En una inicial aproximación, nuestro máximo tribunal ha aportado elementos para la conceptualización del término que nos interesa, al señalar que el parámetro “se refiere a un conjunto de normas a partir de las cuales

<sup>13</sup> Sobre esta última mención, *cf.* Zagrebelsky, Gustavo, “Diritto processuale costituzionale?”, en varios autores, *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1990, p. 105.



se determina la regularidad o la validez de las normas que integran al ordenamiento jurídico mexicano. Adicionalmente, este parámetro constituye un catálogo normativo que permite a los juzgadores determinar cuál de ellas resulta más favorable para las personas, a fin de ser tomada en cuenta para la circunstancia particular a la que se enfrenten”.<sup>14</sup>

Se observa la coincidencia existente entre la aproximación doctrinal y judicial en torno a la vocación procesal del parámetro, que autoriza a todos los jueces a determinar las disposiciones jurídicas necesarias para llevar a cabo un adecuado control de constitucionalidad/convencionalidad y a la que se añade una germinal noción de *parámetro de interpretación*, de donde surge la obligación de interpretar todas las normas secundarias de conformidad con los derechos reconocidos en el bloque, y que entre otras derivaciones permite el ejercicio de la interpretación conforme y del principio *pro persona*. En donde todavía no existe una pauta firme es en el conjunto de ordenamientos o fuentes que pueden concurrir a su integración.

Así, con motivo del expediente varios 912/2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) ofreció una inicial aproximación a la conformación de este marco referencial al disponer que el parámetro de análisis del control que deben ejercer todos los jueces del país, se integra con:

- *Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;*
- *Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte;*
- *Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.*<sup>15</sup>

En la C. T. 293/2011, la SCJN no se detiene a analizar la figura del parámetro; únicamente la señala innumerables ocasiones al hacer referencia a la idoneidad de los derechos de fuente constitucional y convencional para ser asumidos como canon o referente en el control de constitucionalidad.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> A. I. 155/2007, 7 de febrero de 2012, p. 23.

<sup>15</sup> *Ibidem*, párrafo 31.

<sup>16</sup> En dicha resolución, la SCJN determinó que el conjunto conformado por

Precisamente por ello, debemos anotar que a diferencia del bloque, el cual a todas luces representa una agregación *permanente* de derechos fundamentales, la vocación procesal del parámetro y la función que ejerce al interior del derecho procesal constitucional conducen a que la convergencia de ordenamientos favorecedores de su conformación sea *efímera* o *temporal*, porque surge con motivo de una impugnación y se disuelve una vez resuelta la controversia.

Si bien todas las disposiciones de la Constitución sirven como normas de referencia o canon de constitucionalidad dentro de los instrumentos procesales en los que se decide la regularidad jurídica de las leyes o se arbitran los conflictos entre órganos o poderes del Estado y niveles de gobierno, el *parámetro de constitucionalidad*, en calidad de *canon* o *criterio judicial* —como lo denomina Spadaro<sup>17</sup> utilizado en la resolución de un tipo específico de controversias, como las relativas a derechos fundamentales, tiene una conformación particular y heterogénea.

En este sentido, no se integra por toda la Constitución; presupone más bien al bloque de constitucionalidad *lato sensu*, que agrupa a todas las disposiciones de derechos fundamentales utilizables como criterio de legitimidad constitucional de leyes y actos de los poderes públicos, y del que se desprende, con motivo de una específica disputa judicial, un bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, o lo que aquí se ha denominado *parámetro*, conformado por el conjunto específico de disposiciones de derechos fundamentales que habrán de servir al juez para determinar la validez o invalidez de una norma o de un acto de los poderes públicos<sup>18</sup> cuya selección, de conformidad con los renovados *poderes instructores* y *decisorios* asumidos por los jueces habilitados para el control difuso y *ex officio* de la

la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos integran “el nuevo parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano”. C. T. 293/2011, p. 32.

<sup>17</sup> Spadaro, Antonino, “Dalla costituzione come ‘atto’ (puntuale nel tempo) alla costituzione come ‘processo storico’”, en Pitruzzella, G. et al. (eds.), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Turín, G. Giappichelli editore, 2000, p. 2.

<sup>18</sup> Un ejemplo claro de este bloque concreto nos lo aporta Caballero, al establecer que “una lectura constitucional del *derecho al juez natural* involucra los artículos 17 y 20, “C”, fracción II de la CPEUM, en relación con los artículos 8.1 y 25 de la CADH, y la interpretación que de estos ha dado la Corte IDH, así como la jurisprudencia que se genere al respecto por la SCJN, que deberá ser consecuente con estos aspectos”. Véase Caballero, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 191.

constitucionalidad, es responsabilidad de ellos mismos, con independencia de la determinación del derecho aplicable que realicen las partes.<sup>19</sup>

Esto significa que uno de los elementos que caracteriza a los jueces constitucionales de nuestro país, como resultado del nuevo paradigma de los derechos, es su capacidad para la *conformación autónoma* del parámetro constitucional allí donde necesite resolverse una cuestión de derechos fundamentales.<sup>20</sup> El parámetro, por tanto, constituye una regla de habilitación dirigida a todos los jueces para que conformen las reglas de la premisa mayor del enjuiciamiento a partir del conjunto de ordenamientos habilitados para ello.<sup>21</sup>

Como señalamos en otra oportunidad, el parámetro tiene una conformación compleja en cuya estructuración necesita otro tipo de normas jurídicas, lo que da como resultado una *estratificación a varios niveles* del parámetro constitucional como consecuencia de la apertura del texto de la Constitución a otras fuentes normativas que reconocen derechos fun-

<sup>19</sup> Sobre los “poderes instructores y decisorios” del juez constitucional remitimos a Astudillo, César, “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *La Ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, pp. 280 y 281. Asimismo, el conjunto de actividades que dan cuenta del redimensionamiento de los poderes del juez constitucional se aprecia en Astudillo, César, “Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad: perfiles procesales”, en *id.* y Carbonell, Miguel (comps.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 22 y ss.

<sup>20</sup> Astudillo, César, “Las comisiones de derechos humanos...”, *cit.*, p. 25.

<sup>21</sup> La incorporación de las implicaciones del principio *iura novit curia* al derecho procesal constitucional supone que el juez constitucional conozca a plenitud el derecho que emana de los dos polos del enjuiciamiento a realizar: el derecho emanado del bloque de constitucionalidad y el derecho subconstitucional. Esto da pie a que la determinación del parámetro de constitucionalidad sea una facultad en manos de los jueces. La Suprema Corte, de conformidad con el artículo 71 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional está facultada para determinar autónomamente las normas sobre las que ha de fundar su declaratoria de inconstitucionalidad por su posición de privilegio en el conocimiento y aplicación del derecho constitucional. Así lo ha reconocido la Corte al ratificar en su jurisprudencia que: “la Suprema Corte de Justicia de la Nación... *suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda, y podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial*” (énfasis añadido). Tesis P./J. 96/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1157, rubro: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA SUPLENCIA DE LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ OPERA AUN ANTE LA AUSENCIA DE LOS MISMOS”.

damentales, y a fuentes del derecho necesarias para que el juez forme su convicción respecto de la constitucionalidad de la disposición, o sobre el acto impugnado.<sup>22</sup>

De conformidad con lo anterior, concurre al parámetro la interpretación constitucional y convencional de los derechos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y por la SCJN, incluso los criterios emitidos por los tribunales federales habilitados para establecer jurisprudencia,<sup>23</sup> ya que ella se refleja el contenido constitucional y convencionalmente declarado de las disposiciones sobre derechos humanos por sus principales intérpretes, el cual prefigura el *estándar mínimo* de tutela constitucional al que la pluralidad de intérpretes constitucionales debe vincularse en la aplicación de un derecho fundamental.

También forman parte del parámetro todas las disposiciones ordinarias que se hallan en codificaciones de distinta naturaleza y estatus jerárquico, dentro del amplio abanico de leyes generales, federales y estatales, de conformidad con el tipo de conflicto y de ordenamiento en el que se suscite, sean estas sustantivas, procesales u orgánicas, que por su contenido establezcan condiciones de validez de actos o normas, o bien, que desde un mirador netamente interpretativo contribuyan a aportar al juez constitucional una “lectura topográfica” de la Constitución y coadyuven a determinar la conformidad constitucional/convencional de un acto o disposición en el caso concreto.<sup>24</sup>

El contenido de las leyes es de particular relevancia en el contexto de aquellos derechos de *base constitucional* y *configuración legal*, pues ofrecen al juzgador el material normativo necesario para advertir el alcance o, en su caso, la delimitación del contenido de un derecho. A pesar de ello, si algo caracteriza a estas leyes, es precisamente que pueden servir de parámetro para enjuiciar la validez de una norma o un acto de autoridad, pero al mismo tiempo pueden ser objeto de control, en su carácter de normas

<sup>22</sup> Astudillo, César, “Las comisiones de derechos humanos...”, *cit.*, p. 26.

<sup>23</sup> La jurisprudencia del Pleno y las salas de la SCJN, de las salas del TEPJF y de los Tribunales Colegiados de Circuito, en principio. *Cfr.* Caballero, José Luis, *La interpretación conforme...*, *cit.*, p. 191.

<sup>24</sup> Sobre el papel de las leyes en el contexto del parámetro, acúdase a Passaglia, Paolo, “Le fonti primarie come parametro nei giudizi di legittimità costituzionale: alcuni spunti di riflessione offerti dall’esperienza francese concernenti le leggi organiche”, en Pitruzzella, G. *et al.* (eds.), *Il parametro nel...*, *cit.*, p. 480. En España, una vertiente doctrinal razona del mismo modo al hablar de una “función procesal del parámetro”. Véase Gómez Fernández, Itziar, “Redefinir el bloque de...”, *cit.*, p. 82.

subordinadas, cuando su contenido limite irrazonable o desproporcionadamente el contenido de un derecho.

En el control de constitucionalidad de leyes por vicios de carácter formal, es común que adicionalmente a las leyes orgánicas formen parte del parámetro aquellas disposiciones que ni siquiera tienen rango de ley, como los reglamentos de las cámaras, dado que determinan las condiciones, procedimientos, plazos de deliberación interna de las leyes, y contribuyen a determinar la observancia de las disposiciones que racionalizan el procedimiento legislativo.<sup>25</sup>

En consecuencia, es evidente que el parámetro se confecciona de forma distinta de conformidad con la entidad o la naturaleza del conflicto constitucional, la vía procesal en que se utiliza, y la o las técnicas empleadas para afrontarlo. En aquellos casos denominados *fáciles*, el parámetro adquiere una complejidad ordinaria, mientras que en los casos *difíciles*, donde por ejemplo, es necesario analizar la proporcionalidad de las normas emitidas por el legislador, ejerce la ponderación entre diversos derechos en conflicto, en tanto que la intergración del parámetro adquiere una complejidad evidente producto de la multiplicidad de valores, principios, derechos y bienes jurídicos tutelados en juego.

De manera reciente, al analizar la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales, la Primera Sala del Alto Tribunal ha procedido a una nueva delimitación de las piezas del parámetro, al señalar que la constitucionalidad del ejercicio de delimitación legislativa tiene que someterse a los siguientes parámetros de la regularidad constitucional:

- i) el contenido de los derechos humanos de fuente constitucional y los reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte;
- ii) la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación y los precedentes vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
- iii) el estándar de interpretación conforme y el principio pro persona referidos en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional, y;
- iv) el principio de proporcionalidad, de manera que dichas leyes y la normativa que derive de éstas puedan considerarse objetivas y razonables, es decir, que persigan fines legítimos, sean idóneas, necesarias y proporcionales.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, “Conclusiones generales”, en Aja, Eliseo (edit.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 271.

<sup>26</sup> Tesis 1a. CLXIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 798, rubro: “DERECHO A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES QUE SE EMITAN

El cambio se advierte sustancialmente en todos los apartados, con excepción del primero. El número dos, integra plenamente al parámetro la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH; pero más significativo es el avance de un cambio en la *morfología* del parámetro al integrarlo con fuentes del derecho y con principios, criterios, y técnicas de interpretación, lo que conduce a mezclar el significado del canon de enjuiciamiento con el de las técnicas mismas a través de las cuales se lleva a cabo.

La interpretación conforme, el principio *pro persona* y el principio de proporcionalidad son herramientas hermenéuticas a disposición de los jueces para afrontar el análisis de las controversias sobre derechos fundamentales, pero difícilmente pueden asumirse como referentes normativos que sirvan de premisa mayor del enjuiciamiento constitucional. Su empleo, al interior de la dinámica jurisdiccional, es una obligación que deriva de la función objetiva de los derechos, pero no es fácil admitir que puedan formar parte del parámetro porque a éste solo se agregan los derechos fundamentales en su dimensión subjetiva, en tanto derechos que incorporan mecanismos de defensa ante su desconocimiento, y todos aquellos contenidos normativos de diferente rango, contenido y naturaleza que posibilitan la formación de la convicción judicial sobre el contenido y eventual desenlace de una controversia.

#### IV. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La evolución jurisprudencial del *bloque de constitucionalidad* ha pasado por tres etapas que pueden identificarse de la siguiente manera: 1) negación de la existencia de un bloque de constitucionalidad; 2) mención semántica del concepto, y 3) reconocimiento del bloque y delimitación de su contenido.<sup>27</sup>

CONFORME A LA CLÁUSULA DE RESERVA CONTENIDA EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 113 CONSTITUCIONAL”.

<sup>27</sup> Importante es recordar que debido a que nuestro máximo tribunal no realiza la distinción conceptual entre *bloque* y *parámetro*, en adelante encontraremos reiteradas menciones a la noción de parámetro de constitucionalidad; sin embargo, cuando se haga referencia a su dimensión estrictamente procesal, procederemos a enunciarlo, para que el lector pueda tenerlo presente.

1. *Negación de la existencia de un bloque de constitucionalidad con base en la perspectiva jerárquica del sistema de fuentes*

La perspectiva jerárquica bajo la que nuestro máximo tribunal ha analizado la relación entre la Constitución y los tratados internacionales, condujo a que durante un largo periodo se negara la conformación de un bloque de constitucionalidad. Este enfoque “tradicional”, como lo adjetiva la Suprema Corte, tiene su razón de ser en el hecho de que el artículo 133 constitucional es una disposición que históricamente ha tenido la doble función de enunciar el *principio de supremacía constitucional* y estructurar el *sistema de las fuentes*, lo cual motivó precisamente que cualquier intento de racionalización de las fuentes se haya llevado a cabo a partir de una articulación jerárquica asentada en una evidente lógica kelseniana.

En un contexto en el que el principio de supremacía constitucional ha sido considerado “unánimemente” como el principio esencial sobre el que se ancla la estructura del sistema jurídico, no debe asombrarnos que la jurisprudencia constitucional se haya enfocado a discernir la posición de las fuentes del derecho en función de su mayor o menor proximidad con la norma fundamental.<sup>28</sup> La *movilidad* de las fuentes, en ese sentido, es producto de la forma en que la Suprema Corte concibió la “cobertura” constitucional conferida a las fuentes subconstitucionales, sin que en ninguno de esos ejercicios se haya planteado uno contrario que la hubiera llevado a preguntarse cuál es la posición de la Constitución en relación con los tratados y las leyes del Congreso de la Unión, y cómo se articulan y racionalizan en el sistema de las fuentes.

<sup>28</sup> La propia Suprema Corte de Justicia de la Nación destacó en su momento que “Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión «... serán la Ley Suprema de toda la Unión...» parece indicar que no solo la carta magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión, y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema”. Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 46, rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

### A. *La posición de los tratados y las leyes federales*

A principios de la década de los noventa la Suprema Corte inició su andanza interpretativa dirigida a definir la posición de los tratados internacionales y las leyes federales dentro del ordenamiento jurídico mexicano. En la primera ocasión, a partir de una interpretación bastante cercana a la literalidad del artículo 133 constitucional, sostuvo que ambas fuentes del derecho se encuentran en el mismo nivel normativo y que, consecuentemente, comparten el rango inmediatamente inferior al que se le reconoce a la Constitución.<sup>29</sup> La igualdad jerárquica entre ambas fuentes condujo a negar, desde una perspectiva netamente procesal, que una de ellas estuviera en condiciones de situarse como parámetro de validez de la otra.

### B. *La posición de los tratados y las leyes federales y locales*

Una nueva interpretación a finales de esa década produjo la inicial movilidad de los tratados. Al abordarla, la Suprema Corte se hizo un cuestionamiento diferente, toda vez que no solo se preguntó cuál era la relación entre los tratados y las leyes (como en el ejercicio precedente), sino cuál era la posición que guardaban los tratados con la Constitución. La respuesta de esto último sirvió para esclarecer lo primero, pues al destacar que los tratados internacionales que se hubieren celebrado y ratificado conforme a la Constitución adquirirían una mayor proximidad con ésta (y como consecuencia se situaban en un segundo plano de la escala jerárquica, inmediatamente después de la Constitución), era natural reconocerles preponderancia normativa no solo respecto de las leyes federales, sino incluso frente a las leyes locales, las cuales se ubicaron, en conjunto, en el tercer peldaño normativo reconocido por la Corte.<sup>30</sup> A pesar de lo anterior, no se realizó consideración alguna sobre la materia de los tratados, ni sobre la repercusión que de la misma podría derivar para una posterior distinción jerárquica entre los tratados mismos.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Tesis P. C/92, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, núm. 60, diciembre de 1992, p. 27, rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA".

<sup>30</sup> Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 46, rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL".

<sup>31</sup> Una aproximación analítica a este pronunciamiento se encuentra en: Bece-



### C. *La posición de los tratados y las leyes generales, federales y locales*

En 2007 se realizó una tercera aproximación a esta problemática. Por primera vez en su recorrido jurisprudencial, la Corte realiza una interpretación de conjunto acerca de la forma como se articulan las principales fuentes del derecho (preponderantemente, la Constitución), algo que no había hecho hasta entonces; además, volvió a cuestionarse sobre el lugar que ocupan los tratados en la escala jerárquica. Es significativo advertir que, al considerar integralmente a la Constitución, los tratados internacionales, y las leyes generales, la mayoría de integrantes de la Corte identificaron la existencia de un “orden jurídico superior” compuesto por el contenido de las tres fuentes del derecho más representativas.

No hay duda que adjetivar ese orden como “superior”, da cuenta de la embrionaria elevación de dichas fuentes a una posición distinta, más próxima a la que goza la norma fundamental (aunque sin realizar una equiparación explícita), y que reconocerle “carácter nacional” es testimonio de su capacidad para condicionar la validez de las demás normas del ordenamiento, particularmente del derecho federal y local. Ambas notas constituyeron la premisa básica para justificar una nueva movilidad de los tratados internacionales hacia una cada vez más notoria proximidad constitucional, y concluir que en la graduación de las fuentes se encuentran por encima del orden general, federal y local.<sup>32</sup>

La trayectoria jurisprudencial descrita advierte que nuestro máximo tribunal, en tres momentos diferentes, se ha pronunciado sobre la racionalización del sistema de fuentes del derecho mexicano, y que lo ha hecho presuponiendo en todas ellas el lugar de privilegio en que se ubica la Constitución, intentando encontrar el acomodo de las diversas piezas,

rra Ramírez, Manuel *et al.*, “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal (Amparo en Revisión 1475/98)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 169-208; Flores, Imer, “Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 13, julio-diciembre de 2005, pp. 235-246; también Cossío Díaz, José Ramón, *Bosquejos constitucionales*, México, Porrúa, 2004, pp. 565 y ss.

<sup>32</sup> Tesis P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 6, rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”.

principalmente los tratados internacionales, en relación con la propia norma fundamental y con las demás fuentes subconstitucionales. Pero solo en el último ejercicio se aprecia una somera aproximación desde una visión matizada del principio de jerarquía.

El intento de relacionar el sistema de fuentes a partir de un principio de supremacía constitucional (que por su propia naturaleza busca racionalizar los “contenedores” jurídicos sin importar la naturaleza de sus “contenidos”) ha constituido el principal obstáculo para afrontar el tema desde una perspectiva diferente, *integradora, armonizadora o “relacional”* de las fuentes, a través de la naturaleza de sus disposiciones y no de la posición formal que se le reconoce a los catálogos normativos en que se depositan. Acaso por ello, mientras esta visión se mantuvo vigente, no fue posible avanzar en la construcción de un bloque de la constitucionalidad que, en su esencia, sustituye la visión jerárquica de las fuentes por una visión distinta, de vocación integradora, a partir del reconocimiento de la especial naturaleza de sus disposiciones.

## 2. *Mención semántica del concepto*

El término *bloque de la constitucionalidad* aparece originalmente en la controversia constitucional 31/2006, resuelta el 7 de noviembre de 2006. En el cuerpo de la resolución se menciona en dos ocasiones, sin establecer concepto o característica alguna que permita aproximarse a su contenido; es sencillamente una mención semántica sin mayores pretensiones.

La connotación que nuestro máximo tribunal le confiere en el caso de referencia, es cercana a la concepción española de bloque como categoría útil para articular disposiciones constitucionales y estatutarias con el objetivo de delimitar el sistema competencial de la Constitución. En ese tenor, en un contexto en el que se necesitaba advertir si el Tribunal Electoral del Distrito Federal, en su calidad de órgano de gobierno, contaba con legitimación para interponer controversias constitucionales, la Suprema Corte se vio en la necesidad de articular y valorar conjuntamente el contenido de disposiciones constitucionales (tanto del artículo 122 como del 116) con las correspondientes del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Señala la SCJN: “En atención a lo anterior, estimamos que por lo que se refiere a la materia electoral en el Distrito Federal, existe un *bloque de constitucionalidad*, integrado por las disposiciones constitucionales referidas y las que en particular establezca el

Se advierte que en este caso, la función del bloque es incorporar a las disposiciones formalmente constitucionales aquellas que se encuentran “por fuera” del texto fundamental, pero que se caracterizan por tener una “cobertura constitucional” directa;<sup>34</sup> otro dato significativo a destacar es que la Corte estipula que existe un bloque para la “materia electoral”, de lo que se infiere un señalamiento embrionario de que cada materia específica puede tener un bloque propio o *stricto sensu*, conformado por disposiciones de fuente constitucional y *subconstitucional*, cuyo alcance únicamente se constata a partir de su interpretación conjunta. Finalmente, que el contenido del bloque es idóneo para asumirse como parámetro de control de la validez de las normas y actos de los poderes públicos, con lo que se subraya su vocación procesal.

### 3. Reconocimiento del bloque y delimitación de su contenido

Cuatro momentos básicos permitieron a nuestro máximo tribunal reconocer la existencia de un *bloque de la regularidad constitucional* en México. El primero de ellos se produjo al determinar los alcances e implicaciones que para el ordenamiento jurídico tenía la resolución del caso Rosendo Radilla vs. Estados Unidos Mexicanos resuelto por la Corte IDH el 23 de noviembre de 2009; el segundo al dictar sentencia en el amparo directo 28/2010, resuelto el 23 de noviembre de 2011; el tercero, al emitir su pronunciamiento en la acción de inconstitucionalidad 155/2007, el 7 de febrero de 2012; y el cuarto, al dirimir la C. T. 293/2011, el 3 de septiembre de 2013, entre criterios de dos tribunales colegiados de circuito que diferían en torno a la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales en relación con la Constitución.

legislador federal en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, ya que el propio artículo 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, inciso f) de la Constitución Federal señala que las disposiciones que rijan en la materia electoral en el Distrito Federal, deben sujetarse a lo que establezca el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, el cual tomará en cuenta los principios establecidos en los incisos b) al i) de la fracción IV del artículo 116 de la Constitución Federal” (énfasis añadido). Al respecto, véase la Tesis P./J. 18/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1641, rubro: “ESTATUTO DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL. JUNTO CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS INTEGRA BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL”.

<sup>34</sup> Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonio, *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009.

### A. Expediente varios 912/2010

A través del expediente varios 912/2010, la Suprema Corte ha explicitado las obligaciones concretas que para el Poder Judicial emanaron de una sentencia de la Corte IDH, condenatoria para el Estado mexicano.<sup>35</sup>

Nuestro máximo tribunal, en diálogo con las repercusiones de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, enunció que los poderes públicos del Estado se encuentran obligados “a velar no solo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate”;<sup>36</sup> lo que significa, desde la perspectiva que nos interesa, que el complejo de derechos fundamentales que se reconoce a las personas escapa a la estrechez de la fuente constitucional e integra aquella otra masa de derechos que desciende de fuentes internacionales.

Asimismo, y en referencia a la vocación procesal del parámetro, señaló la exigencia de una interpretación constitucionalmente adecuada entre los mandatos del renovado artículo 1o. y el contenido del 133, ambos de la Constitución federal, con el objeto de determinar “el marco” dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad, es decir, la verificación de compatibilidad entre las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las normas internas, con la finalidad de que ninguna ley tenga la capacidad de mermar su observancia. En el párrafo 31 del expediente, la Suprema Corte ofrece una relevante aproximación a ese marco, al disponer:

El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

<sup>35</sup> En torno a los alcances de esta resolución para el ordenamiento jurídico mexicano, y los alcances que le reconoció nuestro máximo tribunal a través del expediente varios 912/2010, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. 36 y ss.; así como García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011, pp. 257 y ss.

<sup>36</sup> Expediente varios 912/2010, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de octubre de 2011, párrafo 27.

- *Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;*
- *Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte;*
- *Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.*<sup>37</sup>

Si bien la Corte maneja un inicial *enfoque procesal* a través del cual pretende definir cuál es el *canon de enjuiciamiento* dentro del ejercicio del control de convencionalidad, es significativo que en la integración del parámetro intente relacionar inicialmente “derechos humanos” y, enseguida, “fuentes de los derechos”, al enunciar que en la conformación del parámetro deben converger todos los “derechos” contenidos en la Constitución y en los tratados y, enseguida, la jurisprudencia nacional y los criterios vinculantes y orientadores de la Corte IDH. La disociación llevada a cabo no es menor, dado que refleja una forma distinta de aproximarse al tema, desde una perspectiva más bien *relacional* o *integradora* y no meramente jerárquica o formal.<sup>38</sup>

#### B. Amparo directo 28/2010

En el amparo directo 28/2010, con motivo de un conflicto entre el derecho fundamental al honor y la libertad de expresión, la Primera Sala de la

<sup>37</sup> *Ibidem*, párrafo 31.

<sup>38</sup> Es importante advertir que esta línea de interpretación emanada de la vía utilizada para su discernimiento, no constituyó jurisprudencia y, en consecuencia, no tuvo efectos vinculantes *per se*. En la C. T. 293/2011, sin embargo, se terminó de perfilar la incorporación de los derechos al parámetro, a través de la determinación de las condiciones materiales de validez de los tratados internacionales. Al respecto la Corte sostuvo que “el requisito previsto en el artículo 15 constitucional garantiza que, con independencia de la jerarquía normativa del instrumento que las reconozca, las normas internacionales de derechos humanos, y no el tratado en su conjunto, se integren al parámetro de regularidad contenido en el artículo 1o. constitucional. Así, las normas internacionales de derechos humanos que cumplan con el requisito material previsto en el artículo 15, pasarán a formar parte del catálogo constitucional de derechos humanos, desvinculándose del tratado internacional que es su fuente y, por lo tanto, de su jerarquía normativa, para gozar, en consecuencia, de supremacía constitucional en los términos previamente definidos”. Engrose de la C. T. 293/2011, p. 51.

Corte se vio en la necesidad de precisar los derechos en pugna, y al hacerlo advirtió que el derecho al honor y a la reputación no se encuentran estipulados explícitamente en la Constitución, pero sí encuentran reconocimiento en los tratados internacionales. En este sentido, como presupuesto esencial del conflicto era necesario determinar cuál era la posición y el valor asignado a dichos derechos, cuestión que llevó a destacar:

De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, *en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano.* Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación.

En esta lógica, *el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el Texto Constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano[énfasis añadido].*<sup>39</sup>

A pesar de que la Sala no enuncia explícitamente al bloque de constitucionalidad, es evidente que lo describe en sus componentes esenciales, ya que se refiere a las dos fuentes que lo alimentan; reconoce el rango constitucional de los derechos que lo integran; el valor que adquieren (en tanto normas supremas del ordenamiento), y el hecho mismo de ser un bloque indeterminado en sus confines (porque incluye un número abierto de derechos estipulados en los tratados internacionales).

### C. Acción de inconstitucionalidad 155/2007

En la acción de inconstitucionalidad 155/2007, la Corte realiza una aproximación de *carácter procesal* que genera el empleo de la noción “parámetro de control”, se destaca que representa un conjunto de normas que

<sup>39</sup> A. D. 28/2010, del 23 de noviembre de 2011. De este amparo emanó la Tesis 1a. XIX/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, t. 3, enero de 2012, p. 2918, rubro: “PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE”.

tienen una doble función, tanto para el ordenamiento jurídico como para la función judicial, en virtud de que constituye el referente a partir del cual “se determina la regularidad o la validez de las normas que integran al ordenamiento jurídico mexicano” y el catálogo que permite determinar a los jueces “cuál de ellas resulta más favorable para las personas, a fin de ser tomado en cuenta para la circunstancia particular a la que se enfrenten”. La Suprema Corte no profundizó en torno a su contenido, pero se detuvo a sostener la imposibilidad de que las normas que lo integran pudieran determinarse a través de un criterio de jerarquía previo. Así, estableció que:

En este entendido, es claro que *no es procedente establecer un criterio jerárquico entre los diversos instrumentos normativos que integran el parámetro de regularidad constitucional que ha sido descrito*. Lo procedente es que los jueces del Estado mexicano al interpretar el contenido de un determinado derecho humano, elijan el estándar que resulte más favorable para los individuos de entre los contenidos en fuente constitucional o aquellos que se deriven de fuente internacional [énfasis añadido].<sup>40</sup>

#### D. *Contradicción de tesis 293/2011*

Los antecedentes anotados tuvieron un destacado desarrollo en la C. T. 293/2011, en la cual la SCJN entró a discernir a profundidad la posición jerárquica de los tratados internacionales y, sobre todo, el modo en que los derechos fundamentales contenidos en distintas fuentes primigenias se relacionan e integran en un solo bloque o parámetro.

En efecto, frente a la tesis inicial que *elevó a los tratados internacionales en materia de derechos humanos al nivel de la Constitución*, “porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa ley fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones”,<sup>41</sup> y la tesis contraria que, de la mano del último criterio sostenido por nuestro máximo tribunal, *mantuvo el carácter subconstitucional de los tratados internacionales* al ubicarlos “por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución”,<sup>42</sup>

<sup>40</sup> A. I. 155/2007, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de octubre de 2012, p. 25.

<sup>41</sup> Tesis XI.1o.A.T.45 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 2079, rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE AL NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”.

<sup>42</sup> Tesis I.7o.C.46 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 1083, rubro: “DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS

la Corte estuvo llamada a pronunciarse sobre un tema capital para un Estado constitucional y democrático de derecho asentado en el reconocimiento y la garantía más amplia de los derechos y libertades de las personas.

Para afrontar el tema se estableció una metodología en donde inicialmente se delimitó el objeto de la contradicción, en la que figuraba la necesidad de discernir “la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución”, algo que todavía estaba sin definición, pues recordemos que, como se advierte en el breve recorrido jurisprudencial hecho en la parte inicial de este apartado, la Corte se había pronunciado en tres ocasiones en relación con la jerarquía existente entre “fuentes del derecho”, es decir, entre los tratados y las leyes federales; los tratados y las leyes federales y locales, y los tratados y las leyes generales, federales y locales, sin analizar la concreta posición que los tratados “en materia de derechos humanos” tenían respecto de la Constitución.

De cara al nuevo cuestionamiento encaminado a indagar qué jerarquía debía reconocerse a una modalidad de tratados internacionales, cuya especificidad deriva de la *materia* de la que se ocupa o, más bien, del *tipo de disposiciones* —de derechos humanos— que contiene, nuestro máximo tribunal procedió a realizar el recuento de las directrices jurisprudenciales que sobre el particular había sostenido en la Novena Época, para enseguida evidenciar por vez primera las *limitaciones del criterio jerárquico* y, a partir de esas conclusiones iniciales, conferir una *nueva lectura* al principio de supremacía constitucional a la luz de las implicaciones de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

En esencia, la Suprema Corte da un viraje de ciento ochenta grados para alejarse del enfoque tradicional en la relación Constitución/tratados, y adoptar un nuevo enfoque basado en el análisis de la relación que guarda la Constitución con aquellos tratados que versan específicamente sobre derechos fundamentales;<sup>43</sup> es decir, se aproxima a la problemática

INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS”.

<sup>43</sup> En 2002 la Suprema Corte señaló que: “no se ha pronunciado respecto a la jerarquía de aquellos tratados internacionales cuyo contenido esté referido a derechos humanos, caso en el cual, pudiera aceptarse que la jerarquía de éstos corresponda a la de la Constitución Federal misma, al concebirse dichos instrumentos internacionales como una extensión de lo previsto por ésta” (énfasis añadido), Amparo en revisión 1475/98, 11 de mayo de 1999, p. 60. En la C. T. 293/2011 reitera que: “En cuanto a los alcances de



sin tomar en cuenta a los tratados en su carácter formal de *fuentes del derecho*, sino que los considera desde la perspectiva material de *fuentes de los derechos*.

La nueva óptica adoptada por la Corte al considerar a los tratados como fuentes de derechos se justifica en la renovada *función* reconocida a los tratados sobre derechos y a la reciente *dimensión* adquirida por los derechos humanos de conformidad con la reforma constitucional de junio de 2011.

En efecto, los iniciales desarrollos jurisprudenciales señalaron que la función de los tratados en la materia se dirigía a “ampliar las garantías individuales o sociales” —léase derechos— y, más generalmente, a “ampliar la esfera de libertades de los gobernados”;<sup>44</sup> más tarde se ratificaría ese posicionamiento embrionario al señalar que dichos instrumentos internacionales deben concebirse “como una extensión” de lo previsto por la Constitución y que, en ese caso “podiera aceptarse que la jerarquía de éstos corresponda a la de la Constitución Federal misma”.<sup>45</sup> La C. T. 293/2011, sin hacer mención directa a esta función, considera que los tratados internacionales se ejercen como “fuente de reconocimiento” de “normas de derechos humanos”, con independencia de la materia a la que se aboquen formalmente, y que cuando ello ocurre, dichas normas se integran con el propósito de “*ampliar el catálogo constitucional* de derechos humanos”.<sup>46</sup>

Se consolida entonces la directriz que observa en los tratados internacionales:

*los precedentes*, las dos sentencias que dieron origen a las tesis que constituyen el fundamento de la actual jerarquía de los tratados internacionales, *matizaron* los criterios sostenidos en ellas, de tal manera que *dichas conclusiones no necesariamente fueran aplicables a los ‘tratados de derechos humanos’*” (énfasis añadido), Engrose, p. 25.

<sup>44</sup> Amparo en revisión 1475/98, 11 de mayo de 1999, p. 60. Para entonces, Manuel Becerra destacaba: “si hablamos de una jerarquía, podríamos afirmar que los tratados en materia de derechos humanos serían no superiores a la Constitución, pero sí estarían al mismo nivel, ya que se podrían colmar las lagunas que ésta pudiera tener en materia de derechos humanos, sin que hubiera necesidad de reformarla”. Cfr. Becerra Ramírez, Manuel *et al.*, “Tratados internacionales...”, *op. cit.*, p. 176.

<sup>45</sup> Amparo en revisión 120/2002, 13 de febrero de 2007, pp. 170 y 171.

<sup>46</sup> “Así, la literalidad de la propia disposición también permite concluir que el artículo 1o. constitucional *amplió el catálogo de derechos humanos* previsto materialmente en la Constitución para comprender también aquéllos reconocidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte” (énfasis añadido), Engrose de la C. T. 293/2011, pp. 29, 37 y 38, respectivamente.

- Un parámetro de reconocimiento de derechos fundamentales de la más diversa naturaleza, esto es, de distintos contenidos, funciones, expectativas, titularidades, e incluso, generaciones.
- Un medio para extender el alcance del texto constitucional en materia de derechos fundamentales, con lo cual su contenido dogmático parte del interior de la Constitución, pero continúa por fuera de ella.
- Una fórmula para complementar los contenidos de derechos provenientes de dos fuentes primigenias e integrar un único y vasto catálogo de derechos.
- Un instrumento para mantener abierto y en constante alimentación al bloque de derechos, ante la relativa flexibilidad con la que se pueden incorporar nuevos derechos.

Las conclusiones apenas anotadas conducen, en voz de la Corte, a tener en cuenta que la relación de la Constitución y los tratados internacionales no puede continuar analizándose bajo la tradicional aproximación jerárquica que tenía como fundamento el artículo 133 constitucional y que resulta inexorable un nuevo ángulo de aproximación a partir de una interpretación constitucionalmente adecuada del mismo precepto, nada más que ahora en armonía con el renovado artículo de apertura constitucional.

De esta manera, no decimos nada nuevo al afirmar que la reforma de junio de 2011 alcanza la totalidad de su sentido cuando se advierte el cambio de *función* que en materia de derechos fundamentales se asigna a la Constitución, de inicial *fuentes única y exclusiva* de los derechos fundamentales, a renovada *fuentes de las fuentes sobre derechos*, rasgo que se manifiesta en que al inicial catálogo de derechos establecido explícitamente en la Constitución se incorporan los catálogos o, en su caso, las disposiciones que sobre derechos se encuentren estipuladas en los tratados internacionales.<sup>47</sup>

Es notorio que la perspectiva jerárquica, dirigida a ordenar *fuentes del derecho*, cede frente a una perspectiva distinta que enfatiza en la necesaria integración de *fuentes de los derechos* a través de un catálogo constitucional conformado con aquellas disposiciones que, sobre derechos fundamentales, descenden de dos fuentes primigenias: la Constitución y los tratados internacionales.

<sup>47</sup> En voz de la Corte: “Si se parte de la premisa de que ya existía un catálogo constitucional de derechos humanos, *lo relevante de la reforma constitucional* para efectos del presente estudio consiste en que *incorpora los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales a ese mismo catálogo*”. Engrose de la C. T. 293/2011, p. 29.

Con lo anterior, la Corte da un paso muy significativo para esclarecer que la *ordenación de su sistema de fuentes* sigue una *lógica jerárquica* que se fundamenta en el artículo 133 constitucional, pero que la *racionalización de su catálogo de derechos fundamentales* se asienta en una *perspectiva integradora*, que tiene su principal referente normativo en el artículo 1o. constitucional. Para reafirmarlo nuestro máximo tribunal enfatiza:

En este sentido, a partir de que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, resulta irrelevante la fuente u origen de un derecho humano, ya sea la Constitución o un instrumento internacional, toda vez que el artículo 1o. constitucional pone énfasis exclusivamente en su integración al catálogo constitucional.<sup>48</sup>

Eliminado el *principio jerárquico* de la forma como se relacionan los derechos fundamentales que provienen de fuentes distintas, y determinada la nueva *función de los tratados* en este ámbito, únicamente faltaba replantear los alcances del principio de *supremacía constitucional* para estar en condiciones de sentar las premisas para la construcción de la doctrina sobre el *bloque y/o parámetro de constitucionalidad*.<sup>49</sup>

En armonía con los contenidos de la multicitada reforma de junio de 2011, nuestro Tribunal Constitucional procedió a realizar el ajuste de uno de los principios clave sobre los que descansa la Constitución mexicana.

De esta manera, tradicionalmente se había concebido que el principio de supremacía se manifestaba en el “encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico mexicano”, haciendo que la totalidad de fuentes del derecho se acomodara en los peldaños normativos subsecuentes, bajo el nuevo enfoque de análisis, este principio de ordenación permanece incontestado, salvo en lo relativo al “conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía”.

En este sentido, si como consecuencia de la reforma se ha reconocido una nueva función a los tratados internacionales, la *ampliación* del catálogo de derechos humanos que ella ha instituido conduce inexorablemente a que el conjunto resultante goce integralmente de supremacía constitucional. En este orden de ideas —dice la Suprema Corte— “la suprema-

<sup>48</sup> Engrose de la C. T. 293/2011, pp. 29-30.

<sup>49</sup> En torno al principio de supremacía, acúdase al clásico de Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 38 y ss.

cía constitucional se predica de *todos los derechos humanos* incorporados al ordenamiento mexicano, en tanto forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo”.<sup>50</sup>

La directriz anterior tiene un efecto revelador sobre el *status* normativo adosado al bloque de derechos, toda vez que la incorporación de los derechos de fuente constitucional e internacional a un único bloque —del cual se predica una misma supremacía— les confiere un mismo rango y un idéntico valor normativo, impidiendo que los mismos concurren a relacionarse *entre sí en términos jerárquicos*. Consecuentemente, las normas que componen ese conjunto de derechos “no pueden contravenir el principio de supremacía constitucional precisamente porque forman parte del conjunto normativo respecto del cual se predica la supremacía”.<sup>51</sup>

De conformidad con lo expresado hasta aquí, con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, se creó un *conjunto de normas sobre derechos humanos* que se encuentran reconocidas en una doble fuente compuesta por la Constitución y los tratados internacionales y que, desde la perspectiva de nuestro máximo tribunal, se caracterizan por lo siguiente:<sup>52</sup>

- (i) los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados de los cuales México sea parte integran un mismo conjunto o catálogo de derechos; (ii) la existencia de dicho catálogo tiene por origen la Constitución misma; (iii) dicho catálogo debe utilizarse para la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos humanos; y (iv) las relaciones entre los derechos humanos que integran este conjunto deben resolverse partiendo de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos —lo que excluye la jerarquía entre unos y otros—, así como del principio pro persona, entendido

<sup>50</sup> “En este sentido, para este Tribunal Pleno *defender los derechos humanos es defender la propia Constitución*”. Engrose de la C. T. 293/2011, pp. 47 y 48.

<sup>51</sup> Engrose de la C. T. 293/2011, p. 51.

<sup>52</sup> La Corte señala que “una de las principales aportaciones de la reforma constitucional es la creación de un conjunto de normas de derechos humanos, cuya fuente puede ser, indistintamente, la Constitución o un tratado internacional”. Diferimos de esta apreciación, porque lo que en realidad hizo la reforma fue reconocer y articular las “fuentes de los derechos” preexistentes. En este sentido, la reforma no creó un “nuevo” parámetro sino que modificó la concepción del mismo para integrar las disposiciones que en materia de derechos humanos contienen los tratados internacionales. Engrose de la C. T. 293/2011, p. 32.

como herramienta armonizadora y dinámica que permite la funcionalidad del catálogo constitucional de derechos humanos.<sup>53</sup>

La construcción interpretativa de la que se ha dado cuenta se concentró en un criterio jurisprudencial de carácter obligatorio que señala:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que *las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos*, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; *lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía* en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por *la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional*. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano [énfasis añadido].<sup>54</sup>

Las directrices jurisprudenciales resultan altamente significativas porque sientan con fuerza distintas ideas que conviene subrayar, por ejemplo:

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>54</sup> Tesis P./J.20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. I, 25 de abril de 2014, p. 202.

- a) La idea de *unidad e integración de los derechos*, que implica reconocer que con independencia de su fuente constitucional o internacional, representan una *única e indivisible* masa de derechos a la que debe reconocerse el mismo *valor constitucional*. Esta directriz, hay que subrayarlo, se encuentra muy próxima a alguna de las vertientes de la noción de *bloque de constitucionalidad* referidas en la aproximación comparada hecha al inicio de este texto, a pesar de que la SCJN se haya rehusado a emplear dicha expresión.<sup>55</sup>
- b) La determinación de que el fundamento de ese conglomerado de derechos es la propia Constitución, particularmente su artículo 1o., adquiere una doble función, inicialmente como *cláusula de reconocimiento* de los derechos y enseguida como *cláusula de incorporación* de los derechos al bloque. Presupuesto lo anterior, se asiste a la constatación de que la función de la *Constitución de los derechos* no consiste en ser la *fuentes única, exclusiva y directa* de los derechos y libertades de las personas, sino que se ha convertido en la *fuentes de las fuentes de los derechos fundamentales*,<sup>56</sup> y que con ese propósito establece la forma de integrar en un único bloque aquellos derechos que se encuentren al margen del texto, les determina su valor normativo, sus modalidades de interpretación, y las técnicas para la resolución de los conflictos que se generen con motivo de su ejercicio.
- c) El reconocimiento de que así como a los derechos, en lo individual, se les reconoce su vocación de *interdependencia e indivisibilidad*, las mismas características deben emplearse en relación con el bloque de

<sup>55</sup> El ministro Zaldívar Lelo de Larrea, ponente del asunto, utilizó el concepto “bloque de constitucionalidad” tanto en el proyecto inicialmente circulado a las y los ministros, como en sus primeros posicionamientos ante el Pleno. En la opinión sustentada el 13 de marzo de 2012 señaló: “Me parece que es un concepto que tiene una claridad conceptual en el caso en que se está utilizando y que se refiere a este conjunto normativo de derechos, porque además hablo de bloque de constitucionalidad de derechos, que da claridad a la idea que se quería plantear”, intervención del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 13 de marzo de 2012, p. 25; sin embargo, el uso del término no generó consenso entre los miembros de nuestro máximo tribunal, quienes lo rechazaron bajo distintos argumentos, por lo que fue suprimido del proyecto finalmente aprobado en donde se utilizó la noción “parámetro de control de la regularidad constitucional”.

<sup>56</sup> Se utiliza aquí, con el objeto de enfatizar, la distinción hecha por Luciani, Massimo, “La costituzione dei diritti e la costituzione dei poteri. Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente”, *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, CEDAM, 1985, t. II.

derechos en el que se conjuntan, lo que conduce a que el propio bloque se conciba, interprete y tutele de manera *global o integral*, porque la unión de derechos que representa obedece a la existencia de fundamentos comunes que presuponen la misma naturaleza y que permiten su integración a un mismo catálogo. Además, que la *unidad y solidez* del bloque depende precisamente de que todos los derechos gozan de la misma *cobertura constitucional*, con lo cual su peso y valor es el mismo, prefigurando un *conjunto homogéneo* que, a su vez, impide establecer distinciones basadas en la naturaleza, fuente o función de los derechos adscritos al bloque.<sup>57</sup>

- d) La remembranza de que la unificación de un bloque de derechos a partir de la convergencia de sus dos fuentes primigenias conduce a que sea innecesario hablar de *constitucionalidad y convencionalidad* para referirse a un mismo parámetro de regularidad o validez, dado que el proceso de articulación del cual emana un conjunto homogéneo de derechos, así como la igualdad de *estatus* normativo que produce, implica que en cualquier ejercicio de verificación de la compatibilidad de normas o actos de los poderes públicos se realice un *análisis integrado* y un *control complementario*, de conformidad con la cualidad de indivisibilidad que se predica del bloque en su conjunto.<sup>58</sup>
- e) La afirmación de que es posible —e incluso frecuente— encontrar en las fuentes primigenias “un mismo derecho”,<sup>59</sup> o mejor, derechos

<sup>57</sup> Los principios aludidos encuentran su explicación doctrinal, entre otros, en Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos: una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2014, pp. 102 y ss.; García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional...*, *cit.*, pp. 99 y ss.; Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 148 y ss.

<sup>58</sup> La necesidad de que no se profunde en la generación de dos estándares independientes de control, como parece advertirse en parte de la doctrina, sino que se consolide la necesaria integración entre los dos ámbitos interpretativos, ha sido advertida por Caballero, José Luis, *La interpretación conforme...*, *cit.*, pp. 90 y ss.

<sup>59</sup> Con frecuencia se señala, como lo hace la Corte, que existen supuestos en los que “un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico”. Así, por ejemplo, la Tesis 1a./J. 107/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIII, t. 2, octubre de 2012, p. 799, rubro: “PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE”.

fundamentales adscritos al mismo *tipo*,<sup>60</sup> es decir, derechos que tutelan las mismas expectativas, o que tienen un bien jurídico similar y que, cuando ello ocurre, es menester emplear el principio *pro persona* para preferir aquella o aquellas disposiciones en las cuales el derecho aparezca con un contenido o alcance más amplio y en consecuencia, ofrezca un mayor ámbito de goce y protección a su titular.<sup>61</sup>

- f) El embrionario reconocimiento de que el bloque de derechos, en la vertiente sustancial, se convierte en un *parámetro interpretativo de naturaleza procesal*, que exige a todos los jueces su plena utilización en el contexto de los casos concretos que estén llamados a resolver; para lo cual es indispensable utilizar los *principios, criterios y técnicas* de interpretación que constitucionalmente se adecuen a las exigencias de *armonización, dinamismo y funcionalidad* del catálogo de derechos fundamentales.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> En lugar de hablar del “mismo derecho”, preferimos aludir al “tipo” de derecho fundamental para hacer referencia a la definición de la expectativa, potestad, libertad, ámbito de protección o a la sustancia material a la que se reconduce un específico derecho fundamental. Así, el derecho a la integridad física se corresponde con un tipo de derecho que tiene en el cuerpo humano a su bien jurídico tutelado, y cuyo reconocimiento, bajo distintas formulaciones lingüísticas se puede encontrar en la Constitución, en distintos tratados internacionales o en las Constituciones de los estados de la República, lo que conduce a hablar de un mismo “tipo” de derecho reconocido en distintas fuentes, con independencia de que su contenido pueda variar de conformidad con el mayor o menor ámbito de protección que cada uno le reconozca. Desde la doctrina el tema ha sido abordado por Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 98 y ss.

<sup>61</sup> La Corte ha señalado que de conformidad con el principio *pro persona*, “en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción”. Amparo directo 28/2010, del 23 de noviembre de 2011, p. 56. Sobre el principio *pro persona*, como estándar de integración normativa, acúdase a Caballero, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o., segundo párrafo de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional... op. cit.*, pp. 130 y ss.

<sup>62</sup> Sobre la necesidad de una interpretación constitucional constitucionalmente adecuada Böckenförde, Ernest Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993; Canosa Usera, Raúl, “Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-



## V. LA COMPOSICIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

### 1. *Qué derechos integran el bloque*

Enunciar la conformación interna del bloque de derechos permite advertir qué comprende; pero también, qué se ha quedado al margen. De la C. T. 293/2011 emerge que como requisito de *incorporación* al bloque, es necesario que una disposición constitucional o convencional encuentre su fundamento en el artículo primero de la Constitución, y como condición de *pertenencia* que reconozca un derecho fundamental.

En función de lo anterior, el *bloque de la constitucionalidad* en México se compone, esencialmente, por la *Constitución de los derechos*, es decir, por aquellos derechos que son formalmente constitucionales por encontrarse explicitados en la carta de Querétaro, y por aquellos otros que, situados en tratados internacionales de derechos humanos —o de cualquier otra materia—, se integran al mismo como consecuencia de su “fundamentalidad”.<sup>63</sup> Con esto se quiere significar que el bloque representa una agregación permanente de disposiciones *iusfundamentales* que utiliza como criterio aglutinador la naturaleza de los poderes, libertades o expectativas que las componen, y que, por ese hecho, convoca de manera exclusiva y excluyente a los derechos materialmente constitucionales.

Marcial Pons, 2008, t. VI, pp. 57 y ss.; Becerra Ramírez, Manuel *et al.*, “Tratados internacionales...”, *cit.*

<sup>63</sup> Para Carlos Bernal, la *fundamentalidad* de los derechos fundamentales se produce de conformidad con sus propiedades formales y materiales. Entre las propiedades formales destacan: 1. La inclusión del derecho en el capítulo de derechos de la Constitución; 2. La inclusión del derecho en alguna parte de la Constitución; 3. La inclusión del derecho en una fuente formal a la que la Constitución reenvía; 4. El reconocimiento del derecho por parte de la jurisprudencia constitucional. Entre las propiedades materiales es relevante el criterio axiológico, según el cual, un derecho fundamental se identifica por su naturaleza misma, por poseer una cualidad valorativa o propiedad ética intrínseca que le otorga ese carácter, con independencia de cualquier otro dato formal. En esta vertiente, los derechos son fundamentales 1. Por ser inherentes o esenciales a la persona; 2. Por ser derivación inmediata y directa de valores y principios supremos como la dignidad, libertad, igualdad. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 621 y ss. El mismo autor ha utilizado esta clasificación para explorar cuáles son los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico mexicano. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, TEPJF, 2009, pp. 21 y ss.

La aproximación anterior delimita el esquema de las fuentes que pueden concurrir a aportar disposiciones sobre derechos fundamentales, con lo cual, el bloque de constitucionalidad *lato sensu*, representa la unión de la Constitución y los tratados internacionales en tanto fuentes formales primigenias de los derechos fundamentales como la propia Suprema Corte lo ha reconocido.<sup>64</sup>

En este sentido, pertenecen al bloque la *Constitución de los derechos* y los tratados internacionales que versen *específicamente sobre derechos humanos*, entre los cuales destacan tratados de dimensión universal y regional como los siguientes: Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación.

<sup>64</sup> Con motivo de la C. T. 293/2011, la Corte ha sostenido que “El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte”. Véase Tesis P./J. 20/2014 (10.a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. I, 25 de abril de 2014, p. 202, rubro: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”. En ese mismo sentido, consúltese también la Tesis 1a. XIX/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, enero de 2012, p. 2918, rubro: “PRINCIPIO *PRO PERSONA*. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE”.

Más allá de la integración formal de *fuentes de derechos*, el bloque de constitucionalidad adquiere la totalidad de su sentido por su capacidad para integrar, en exclusiva, derechos fundamentales, y reconocerles una misma jerarquía normativa y un valor como normas supremas del ordenamiento jurídico.

En este sentido, el *derecho al trabajo*<sup>65</sup> enunciado constitucionalmente, convive en el bloque de constitucionalidad con los derechos *a la alimentación*,<sup>66</sup> *al bienestar*,<sup>67</sup> *a la cultura*,<sup>68</sup> *a la protección contra el desempleo*,<sup>69</sup> *al respeto de la honra*,<sup>70</sup> *a contraer matrimonio*,<sup>71</sup> *a heredar*,<sup>72</sup> *al indulto*,<sup>73</sup> *a la protección de la maternidad*,<sup>74</sup> *a cambiar de nacionalidad*,<sup>75</sup> *a no ser reclutado obligatoriamente por las fuerzas armadas*,<sup>76</sup> *al nombre*,<sup>77</sup> *a la pensión alimenticia*,<sup>78</sup> *a la remuneración equitativa y satisfactoria*,<sup>79</sup> *a disfrutar del tiempo libre*,<sup>80</sup> *al desarrollo integral de la infancia*,<sup>81</sup> *de asociación*,<sup>82</sup> *a la igualdad entre el hombre y la mujer*,<sup>83</sup>

<sup>65</sup> Artículo 5o. de la Constitución federal.

<sup>66</sup> Artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>67</sup> Artículo 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>68</sup> Artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>69</sup> Artículo 11.1, inciso e, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

<sup>70</sup> Artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

<sup>71</sup> Artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>72</sup> Artículo 5, inciso d, fracción VI, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

<sup>73</sup> Artículo 4.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>74</sup> Artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

<sup>75</sup> Artículo 15.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>76</sup> Artículo 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados.

<sup>77</sup> Artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>78</sup> Artículo 27.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>79</sup> Artículo XIV Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

<sup>80</sup> Artículo 7, inciso d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>81</sup> Artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>82</sup> Artículo 2 del Convenio Internacional del Trabajo No. 87 relativo a la libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación.

<sup>83</sup> Artículos 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y 2 del Convenio Internacional del Trabajo núm. 100 Relativo a la Igualdad

a la no discriminación,<sup>84</sup> al descanso,<sup>85</sup> a la vida privada,<sup>86</sup> a la integridad física<sup>87</sup> y a la libertad.<sup>88</sup>

Adicionalmente, es necesario subrayar que también forman parte del bloque aquellos derechos cuya afirmación se realiza a partir de tratados internacionales que no tienen como “objeto principal” el reconocimiento de derechos pero que por la materia que regulan incorporan tangencialmente disposiciones iusfundamentales.

Al respecto, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce el *derecho a la asistencia consular*;<sup>89</sup> del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono deriva el *derecho a la protección de la salud y del medio ambiente*;<sup>90</sup> en el Acta de París del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas se reconocen los *derechos de autor*;<sup>91</sup> en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco se reconoce el *derecho a la protección de la salud humana*;<sup>92</sup> en la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores se reconoce el *derecho a la custodia* y el *derecho a la visita* de los menores.<sup>93</sup>

Es muy importante considerar que existen alrededor de 171 tratados internacionales de los que México es parte, que contienen disposiciones sobre derechos humanos y, como tales, coadyuvan a conformar el bloque de constitucionalidad.<sup>94</sup>

Finalmente, no debe pasar desapercibido que prácticamente cualquier tratado internacional puede reconocer directa o indirectamente derechos humanos, o bien, garantizar o especificar determinados ámbitos de protección a un conjunto de derechos aunque éstos no se encuentren formalmente explicitados; por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de

de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor.

<sup>84</sup> Artículo 10. del Convenio Internacional del Trabajo núm.. 111 relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación.

<sup>85</sup> Artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>86</sup> Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>87</sup> Artículos 7, inciso b, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

<sup>88</sup> Artículo 8.3, inciso a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>89</sup> Artículo 5, inciso e, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

<sup>90</sup> Artículo 2.1.

<sup>91</sup> Artículo 3.

<sup>92</sup> Artículo 4.2.

<sup>93</sup> Artículo 5.

<sup>94</sup> <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TL.html> (consultada el 1 de junio de 2014).

América del Norte (que parecería un acuerdo eminentemente comercial), contiene, sin embargo, disposiciones sobre el *derecho a la propiedad intelectual* en una doble vertiente de *derechos de autor* y *derecho a la propiedad industrial*;<sup>95</sup> asimismo, contiene estipulaciones sobre el *derecho al trabajo*, en su vertiente de *prestación de servicios profesionales*.<sup>96</sup>

## 2. *Qué derechos quedan al margen del bloque*

Si como hemos señalado, al bloque concurren fuentes de derechos y derechos en concreto, es posible delimitar en cada una de esas categorías los criterios de exclusión respectivos.

En razón de que el bloque se integra con fuentes exclusivamente constitucionales, derivadas del renovado rango reconocido a los tratados internacionales sobre derechos humanos, se ubican al margen del mismo aquellos derechos reconocidos en fuentes *subconstitucionales*. En este sentido, no lo integran, por ejemplo, las leyes generales, federales y locales con independencia de su contenido orgánico, sustancial o procesal; tampoco forman parte de él los reglamentos autónomos o heterónomos.

Además, están exentos de integrar el bloque aquellas disposiciones que si bien se encuentran contenidas en tratados internacionales, no se refieren a derechos fundamentales.<sup>97</sup> Igualmente, permanecen fuera del perímetro de este conjunto, aquellos derechos que a pesar de estar reconocidos en leyes ordinarias carecen de la connotación de derechos fundamentales.<sup>98</sup>

<sup>95</sup> Artículo 102.1 y 1701.1.

<sup>96</sup> Anexo 1210.5.

<sup>97</sup> La Suprema Corte ha enfatizado que: “la Constitución incluye dentro de su catálogo a las “normas de derechos humanos” reconocidas en tratados internacionales, mas no al resto de normas comprendidas en dichos instrumentos internacionales” (énfasis añadido), *Engrose de la C. T. 293/2011*, p. 27.

<sup>98</sup> La ministra Olga Sánchez Cordero ha señalado que “los derechos fundamentales no sólo pueden hallarse en forma explícita en los textos constitucionales, sino también pueden encontrarse inmersos en ellos, o incluso pueden estar en documentos distintos a la Constitución como es el caso de leyes secundarias o tratados internacionales especialmente en materia de Derechos Humanos; instrumentos que pueden ser utilizados para completar la perspectiva del elenco de los Derechos en la Constitución; en tales casos, estas normas —regularmente consideradas secundarias desde el punto de vista de la jerarquía normativa— pueden llegar a integrar verdaderos bloques de constitucionalidad con el valor y eficacia que jurídicamente caracterizan a los Derechos Fundamentales”. Véase Sánchez Cordero de García Villegas, Olga María del Carmen,

Resulta problemática la adscripción al bloque de los derechos reconocidos por vía jurisprudencial y de aquellos que se encuentran enunciados en las Constituciones de los estados de la República, como se verá a continuación.

### 3. *Cuestiones abiertas e indefinidas*

#### A. *La jurisprudencia nacional e internacional*

La perspectiva formal del bloque desde el mirador del sistema de las fuentes privilegia a la Constitución y a los tratados sobre derechos humanos como sus fuentes principales. En ese sentido conviene reflexionar sobre la integración y/o marginación de la jurisprudencia al conjunto de fuentes de las que pueden derivar derechos fundamentales.

En relación con la *jurisprudencia internacional*, la C.T. 293/2011 explicitó con fuerza que la jurisprudencia de la Corte IDH, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio que la origina, resulta vinculante para los jueces nacionales, ya que su función consiste en delimitar el contenido y alcance de los derechos humanos establecidos en esa fuente de derechos y, en ese sentido, constituye “una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.<sup>99</sup>

En el recorrido jurisprudencial avanzado hasta ahora,<sup>100</sup> nuestro máximo tribunal ha reconocido la especificidad del proceso de conformación

“La interpretación de los derechos fundamentales por la Suprema Corte de Justicia de México”, p. 6, en: <http://189.254.138.4/oscgv/sites/default/files/sites/sitios.scjn.gob.mx/ministros/files/01junio-conferencia-derechos-fundamentales.pdf> (consultada el 6 de junio de 2014).

<sup>99</sup> Con este pronunciamiento, la Corte dejó de lado —en Contradicción de Tesis— el precedente sentado por un Tribunal Colegiado que destacaba la “utilidad orientadora” de la jurisprudencia internacional según la Tesis I.7o.C.51 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 1052, rubro: “Jurisprudencia internacional. Su utilidad orientadora en materia de derechos humanos. Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión, los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos” (énfasis añadido).

<sup>100</sup> La reconstrucción del recorrido jurisprudencial que sobre el particular ha avanzado la SCJN puede verse en Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucio-*

de la jurisprudencia internacional, el valor de las sentencias, el ámbito en el que su fuerza vinculante debe reconocerse, sin que haya determinado aún la posición que dicha jurisprudencia adquiere en el sistema de las fuentes de derechos del ordenamiento jurídico mexicano.<sup>101</sup> En su opinión, el efecto vinculante u obligatorio de las sentencias de la Corte IDH, descende de la función delimitadora del alcance de los derechos, de la posición institucional de la propia Corte IDH, y del mandato nacional de estar a la interpretación más favorable a la persona, con lo que otorga a la jurisprudencia un alcance meramente interpretativo e integrador, sin que hasta el momento se haya detenido a explicitar la faceta creativa de la misma ni su posición jurídica.

La faceta creativa de la Corte IDH se advierte, por ejemplo, en su capacidad para integrar los derechos a partir de dilucidar los elementos de su contenido esencial, avanzando, como señala Caballero, en “los sedimentos mínimos que conforman los derechos humanos”.<sup>102</sup> Se justifica, en consecuencia, que con base en el principio de progresividad se haya procedido a la integración de la “orientación sexual” como vertiente vedada dentro del *derecho a no ser discriminado*, a pesar de no estar explicitada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para proceder en esta ruta, la Corte IDH ha declarado, en diálogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados.<sup>103</sup>

Por su parte, respecto a la *jurisprudencia constitucional*, nuestro máximo tribunal ha referido en distintas oportunidades al fundamento legal de la

*alidad en México*, México, UNAM-IJJ, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 91 y ss.

<sup>101</sup> Cfr. Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007.

<sup>102</sup> Caballero, José Luis, *La interpretación conforme... op. cit.*, pp. 54-55.

<sup>103</sup> Caso Riffo y Niñas vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239, tomado de Caballero, José Luis, *La interpretación conforme..., cit.*, p. 55. Sobre el necesario diálogo que debe producirse entre las cortes internacionales y nacionales, acúdase a Canosa Usera, Raúl et al., *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2012.

eficacia de la misma, a la obligación de observancia plena que de ella desciende para el resto de órganos jurisdiccionales federales y locales;<sup>104</sup> para las autoridades administrativas, e incluso, el ámbito temporal de eficacia que debe reconocérsele.<sup>105</sup>

Más próxima en el tiempo, al resolver el expediente varios 912/2010, señaló la obligación de los jueces nacionales de observar los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, “así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación *al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana* para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger”.<sup>106</sup> De lo anterior se desprende que la jurisprudencia constitucional tiene un carácter obligatorio, pero destaca que la función

<sup>104</sup> Respectivamente, del artículo 43 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional; artículo 215 de la Ley de Amparo; 177 y 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Sobre el particular véase Tesis 1a./J. 2/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, marzo de 2004, p. 130, rubro: “JURISPRUDENCIA. TIENEN ESE CARÁCTER LAS RAZONES CONTENIDAS EN LOS CONSIDERANDOS QUE FUNDEN LOS RESOLUTIVOS DE LAS SENTENCIAS EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, POR LO QUE SON OBLIGATORIAS PARA LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN TÉRMINOS DEL ACUERDO GENERAL 5/2001 DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN”; Tesis 2a./J. 116/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 213, rubro: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SI EN ELLA SE DECLARA LA INVALIDEZ DE NORMAS GENERALES, LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN APLICAR ESE CRITERIO, AUN CUANDO NO SE HAYA PUBLICADO TESIS DE JURISPRUDENCIA”. En la C. T. 293/2011 apuntó que: “De acuerdo con la Constitución y la Ley de Amparo, la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación es obligatoria cuando cumple con los requisitos de integración previstos en dichos ordenamientos: reiteración, contradicción o sustitución. En este sentido, dicha obligatoriedad no se predica respecto de los criterios identificados como “tesis aisladas”, cuya aplicación no es obligatoria por no haber cumplido con los requisitos formales para ello” (énfasis añadido), C. T. 293/2011, pp. 55-56.

<sup>105</sup> Sobre el tratamiento de la jurisprudencia constitucional por la SCJN, acúdate a Silva García, Fernando, “La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional: creación judicial del derecho y eficacia normativa de la jurisprudencia constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. V, *Juez y sentencia constitucional*, México, Marcial Pons-IMDPC-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 775 y ss.

<sup>106</sup> Expediente varios 912/2010, párrafo 21, p. 17.



que se le reconoce es meramente interpretativa de los derechos formalmente adscritos al bloque, con lo cual se incorpora la exigencia de que los jueces interpreten los derechos del bloque *de conformidad* con los criterios emitidos por la propia Suprema Corte y también por la CIDH.

El deber de interpretación conforme a la jurisprudencia resulta significativo como mandato con vocación operativa para la aplicación de los derechos; pero es necesario apuntar que, hasta el momento, se carece de un pronunciamiento directo sobre la posición de esta fuente de derechos en el concierto de las fuentes del sistema jurídico mexicano.

En efecto, la jurisprudencia tiene una inicial *función interpretativa* encaminada a *determinar el contenido constitucionalmente declarado* de las normas que sobre derechos humanos se reconocen expresamente en alguna fuente formal,<sup>107</sup> a través de la delimitación de los ámbitos constitucionalmente protegidos y excluidos de los mismos.<sup>108</sup>

No obstante, es difícil rechazar que la jurisprudencia tiene una *función eminentemente creativa*<sup>109</sup> que se manifiesta en lo que se denomina “creación judicial de nuevos derechos”, como un privilegio al alcance de los órganos de cierre del sistema constitucional y convencional,<sup>110</sup> que los habilita para el *descubrimiento de derechos implícitos* cuando a través de una aproximación interpretativa procedan a desvelar un nuevo derecho; o bien, nuevas

<sup>107</sup> Caballero, José Luis, *La interpretación conforme...*, cit., p. 51.

<sup>108</sup> Así, por ejemplo, ha señalado que en el ámbito de protección de la libertad de expresión se encuentra la Tesis con el rubro: “EXPRESIONES INUSUALES, ALTERNATIVAS, INDECENTES, ESCANDALOSAS, EXCÉNTRICAS O SIMPLEMENTE CONTRARIAS A LAS CREENCIAS Y POSTURAS MAYORITARIAS, AUN CUANDO SE EXPRESEN ACOMPAÑADAS DE EXPRESIONES NO VERBALES, SINO SIMBÓLICAS”, PERO QUE LA MISMA “NO RECONOCE UN DERECHO AL INSULTO O A LA INJURIA GRATUITA”. *Cfr.* Tesis 1a./J. 31/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, t. I, abril de 2013, p. 537, rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA CONSTITUCIÓN NO RECONOCE EL DERECHO AL INSULTO”.

<sup>109</sup> Como puntualmente señala De Otto, “Por múltiples razones, algunas propias de cualquier interpretación de textos, otras específicas del derecho moderno, sumamente complejo y por ello en ocasiones contradictorio, la decisión judicial no está totalmente predeterminada en todos sus extremos y, en consecuencia, en la aplicación de la norma hay un mayor o menor margen de libertad, una cierta actividad de creación de la premisa mayor en la cual se subsume el supuesto de hecho”. *Cfr.* De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 288.

<sup>110</sup> Recordemos que las cortes o tribunales constitucionales son auténticos órganos de cierre de los sistemas constitucionales, mientras que las cortes regionales de derechos humanos, tanto la Interamericana como la Europea, son igualmente órganos concentrados e intérpretes definitivos de la Convención Americana y Europea, respectivamente.

dimensiones del contenido de un derecho explicitado. Incluso, cuando a través de la *conexidad de derechos* proceden a realizar ejercicios de vinculación entre ellos, con el objeto de potenciar su efectividad, pero que, en el extremo, al resultar insuficiente su cobertura normativa, terminan en auténticos ejercicios de creación de derechos.<sup>111</sup>

Baste recordar al respecto que nuestro máximo tribunal ha procedido, si bien de manera cautelosa, al reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, como por ejemplo, el *derecho a la dignidad humana*;<sup>112</sup> pero también ha declarado renovados contenidos a derechos ya enunciados, como el *derecho a la salud mental*;<sup>113</sup> o bien, a interrelacionar derechos explicitados para derivar uno nuevo, como el *derecho al mínimo vital*.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> Sobre la creación pretoriana de derechos acúdase a Rey Martínez, Fernando, “¿Cómo nacen los derechos? (posibilidades y límites de la creación judicial de derechos)”, en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 1477 y ss. También Modugno, Franco, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 1995.

<sup>112</sup> “El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana; y que junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México reconoce su valor superior, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás...”. Además, la SCJN señaló en ese momento que aun cuando el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil, y el propio derecho a la dignidad personal “no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, *están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México* y, en todo caso, *deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana*, pues sólo a través de su Pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad” (énfasis añadido). Tesis P. LXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 8, rubro: “DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES”.

<sup>113</sup> Tesis 1a. XLIV/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VI, t. I, marzo de 2012, p. 274, rubro: “EL DERECHO A LA SALUD MENTAL SE ENCUENTRA EN ESTRECHA RELACIÓN CON EL DERECHO A LA IDENTIDAD, EN TANTO ES RELEVANTE PARA EL INDIVIDUO EL CONOCER SU ORIGEN BIOLÓGICO PARA LA DEBIDA FORMACIÓN DE SU PERSONALIDAD”. “DERECHO A LA IDENTIDAD. SU PROTECCIÓN DESDE EL DERECHO A LA SALUD FÍSICA Y MENTAL”.

<sup>114</sup> “El derecho constitucional al mínimo vital cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución General y particularmente de los artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31,

Ni qué decir del reconocimiento de la existencia de valores constitucionales al interior de nuestra norma fundamental como el de la propia *dignidad humana*, al cual ha calificado como “valor superior del ordenamiento” y al propio *pluralismo político*.<sup>115</sup>

En este sentido, es verdad que la jurisprudencia tiene fuerza vinculante, porque sus directrices interpretativas tienen plena capacidad de condicionamiento de la función judicial, con el objeto de que sus operadores resuelvan las controversias a partir de reglas y de la interpretación más favorable a la persona; pero resulta incontestable que la jurisprudencia es fuente de derechos y que, en ese sentido, es necesario determinar si esos nuevos derechos tienen la complejión necesaria para formar parte de un bloque de constitucionalidad encargado de integrar derechos del mayor rango normativo.

### B. *Los derechos fundamentales de fuente estatal*

Un segundo frente problemático se abre al advertir que, derivado de la estructura federal del Estado mexicano, las Constituciones de las entidades federativas contienen formalmente, “garantías individuales”, “derechos humanos”, “derechos del hombre”, o “derechos fundamentales”.<sup>116</sup>

Dicho reconocimiento se realiza a través del empleo de una *cláusula de reenvío* que se encuentra ampliamente extendida en las Constituciones estatales, por medio de la cual se afirman los derechos consagrados en la Constitución General de la República y, en menor medida, aunque progresivamente más extendida, los derechos estipulados en los tratados

fracción IV, y 123”. Tesis 1a.XCVII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV mayo de 2007, p. 793, rubro: “DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO”.

<sup>115</sup> Al inicial reconocimiento de nuevos derechos, precede el reconocimiento que la Suprema Corte ha hecho de “valores constitucionales”, los cuales, sin estar explicitados en el texto, se reconocen como el fundamento de alguno de sus principios; tal y como sucedió con el embrionario reconocimiento del valor “pluralismo político” en la acción de inconstitucionalidad I.6/98, de 23 de septiembre. Sobre el particular, Cossío Díaz, José Ramón, *Bosquejos...*, *cit.*, pp. 559 y ss.

<sup>116</sup> Una de las revisiones más exhaustivas del conjunto de derechos que se encuentran incorporados en las constituciones estatales es el de Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La situación actual de la incorporación de los derechos humanos en las constituciones locales mexicanas”, en Astudillo, César y Casarín, Manlio Fabio (coords.), *Derecho constitucional estatal, Memoria del VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional de los Estados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 102 y ss.

internacionales. Otros textos utilizan un *sistema reflejo* que reproduce, con mayor o menor extensión, los derechos enunciados en las fuentes anteriores; mientras que algunos más, se inclinan por una *cláusula mixta* que reenvía y reproduce derechos al mismo tiempo pero que, incluso, llega a reconocer libertades muy específicas para todos aquellos que se encuentren en el ámbito geográfico en el que rige la Constitución estatal<sup>117</sup> y que en esencia responden a las particularidades regionales de nuestra nación.<sup>118</sup>

Así, por ejemplo, la Constitución del Estado de Guerrero dispone:

Artículo 4o. En el Estado de Guerrero toda persona gozará de los derechos humanos y las garantías reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta Constitución y los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano.

Artículo 5o. En el Estado de Guerrero toda persona, individual o colectiva, es titular de derechos humanos, y se reconocen como mínimo los siguientes:

I. Derecho a la vida, en consecuencia queda proscrita la pena de muerte...

Las Constituciones estatales reconocen una diversidad de tipos de derechos. No es este el lugar para realizar un estudio pormenorizado, pero con

<sup>117</sup> Sobre estos sistemas de reconocimiento de derechos, Castellá Andreu, Josep Ma., “La Declaración Universal de Derechos Humanos y los convenios internacionales ratificados por España en materia de derechos humanos como parámetro. El artículo 10.2 de la Constitución española”, en Pitruzzella, G. *et al.* (eds.), *El parámetro...*, *cit.*; Aparicio, Miguel A. (ed.), Castellá, Joseph Ma. y Expósito, Enriqueta (coords.), *Derechos y libertades en los estados compuestos*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 24 y ss.

<sup>118</sup> En algunas entidades federativas se reconocen, incluso, los derechos que se consignan en las leyes. Por ejemplo, el artículo 1o. de la Constitución del Estado de Durango, señala lo siguiente: “En el Estado de Durango, la dignidad y la libertad de las personas son la base de los derechos humanos; constituye deber de todas las autoridades su respeto, garantía, promoción y protección. Toda persona gozará de los derechos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la presente Constitución, en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Mexicano, y en las leyes secundarias” (énfasis añadido). En menor medida, se reconocen los derechos de fuente jurisprudencial, tal y como se observa en el artículo 4o. de la Constitución del Estado de Veracruz, que dispone: “Los habitantes del Estado gozarán de todas las garantías y libertades consagradas en la Constitución y las leyes federales, los tratados internacionales, esta Constitución y las leyes que de ella emanen; así como aquellos que reconozca el Poder Judicial del Estado, sin distinción alguna de origen, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, condición o actividad social”.

el objeto de exponer la rica variedad de expectativas tuteladas, enunciaremos solamente algunos, entre los que destacan: el *derecho al deporte* (Baja California), *a casarse y fundar una familia* (Baja California Sur), *a la protección de datos personales* (Coahuila), *al aprovechamiento de fuentes renovables de energía* (Chihuahua), *a ser indemnizado por daños ocasionados por el Estado* (Colima), *a los servicios funerarios de las personas indigentes* o el *derecho de estudiantes distinguidos al acceso a becas* (Durango), *al honor, al crédito y al prestigio* (Hidalgo), *a la existencia digna* (Michoacán), *a conocer la información genética personal* (Nayarit), *a la formación artística* (Oaxaca), *a la convivencia* (Puebla), *a la libre investigación científica* (Sinaloa), *a donar tejidos y células y a recibir trasplantes* (Tlaxcala), *a la intimidad* (Tabasco), *al libre desarrollo de la personalidad* (Veracruz), *a la alimentación* (Zacatecas).

La realidad anterior desvela una nueva zona de indefinición en la cual no existen directrices precisas sobre el significado del reconocimiento de derechos en las Constituciones estatales. No hemos indagado con suficiencia, por ejemplo, si dichos catálogos representan un contenido típico y necesario de dichos ordenamientos, ni se ha abonado al estudio de la naturaleza de estos derechos, del espacio institucional que ocupan al interior de las entidades federativas, de sus modalidades de regulación, su función en el ámbito geográfico en que se reconocen, sus límites, su posición en el esquema de las fuentes internas y de las fuentes nacionales, así como de los medios de tutela judicial y administrativa en el contexto local.

El reconocimiento jurisprudencial de los derechos humanos en el ámbito estatal ha sido todavía incipiente; en este tema, la Suprema Corte se ha limitado a constatar que dichos derechos existen<sup>119</sup> con un ámbito de validez limitado; que su función se reconduce a la ampliación del ámbito

<sup>119</sup> “Se concluye que los preceptos citados —sostiene la Corte— no invaden las atribuciones de los tribunales de la Federación, en tanto que el instrumento para salvaguardar los derechos humanos que prevé la Constitución Local citada, *se limita exclusivamente a proteger los derechos humanos que dicha Constitución reserve a los gobernados de esa entidad federativa*” (énfasis añadido). Tesis P. XXXIII/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 903, rubro: “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-LLAVE PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADE LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÉL SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL”.

de protección de los derechos,<sup>120</sup> y que pueden disponerse de medios procesales de tutela en el entorno local.<sup>121</sup>

En relación con la posición de las Constituciones estatales en el sistema de fuentes del ordenamiento mexicano, la Corte se ha limitado a

<sup>120</sup> De conformidad con nuestro máximo tribunal: “si bien el federalismo constitucional *autoriza que las constituciones locales amplíen el nivel de protección de los derechos humanos*, lo cual implica la posibilidad de que no exista coincidencia entre lo previsto en la Constitución General y las constituciones locales sobre ese aspecto, lo cierto es que las sentencias locales en materia de derechos humanos no podrían válidamente afectar el contenido esencial de las garantías individuales reconocidas en la Ley Fundamental, pues el orden jurídico local está supeditado al constitucional, lo que busca garantizarse tratándose de esos fallos a través del juicio de amparo directo” (énfasis añadido), Tesis P./J. 68/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 5, rubro: “AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, SALVO TRATÁNDOSE DE CUESTIONES ELECTORALES”.

<sup>121</sup> La exigencia de “garantías” procesales locales para los derechos obtuvo su inicial reconocimiento, por nuestro máximo tribunal, al resolver las C.C. números 15, 16, 17 y 18 de 2000, donde se impugnó la constitucionalidad del Juicio de protección de los derechos humanos de Veracruz. Al respecto, acúdase a la tesis P. XXXIII/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 903, rubro: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-LLAVE PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADE LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÉL SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL”. Más próxima en el tiempo, la propia Corte ha señalado: “Resulta válido establecer un tribunal y un sistema de medios para el control constitucional local, que tenga por finalidad controlar y exigir judicialmente la forma de organización de los Poderes estatales, en cuanto a su régimen interior y *la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos en el ámbito del orden estatal*” (énfasis añadido). Tesis P./J. 23/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIII, t. I, octubre de 2012, p. 288, rubro: “CONTROL CONSTITUCIONAL LOCAL. ES VÁLIDO ESTABLECER UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y UN SISTEMA DE MEDIOS PARA EXIGIR LA FORMA DE ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES Y LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO ESTATAL”. Sobre los instrumentos procesales de tutela de los derechos fundamentales en el ámbito local, acúdase a Astudillo, César, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México. Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, y Astudillo, César, “Reflexiones sobre la justicia constitucional local en México”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 26 y ss.

destacar que las mismas son “normas generales subordinadas al Pacto Federal” y, por ende, a la ley fundamental,<sup>122</sup> sin que hasta ahora se haya determinado la concreta posición que guardan en relación con la Constitución general de la República.

De conformidad con lo anterior, resulta imperativo avanzar en una dirección que impulse directrices jurisprudenciales para reconocer que las declaraciones de derechos de las Constituciones estatales contienen verdaderos “derechos fundamentales”,<sup>123</sup> que acaso se diferencian por su “fuente de reconocimiento” o por su mayor o menor “contenido material”; pero no en función de una “naturaleza jurídica” que es a todas luces similar y que, en consecuencia, conduce a predicar que tienen la entidad necesaria para incorporarse al bloque de constitucionalidad.<sup>124</sup>

De este modo, lo *constitucional*, como tradicional ámbito de actuación de los derechos, se ensancha con la aportación que desde el ámbito *internacional* integra una multiplicidad de nuevos derechos al ordenamiento interno, y se dimensiona con el ámbito *estatal* o *local*, que hace lo correspondiente con la riqueza de contenidos emanada de sus catálogos de derechos.

Visto en perspectiva, se asiste a una *ordenación multinivel* de reconocimiento y protección de los derechos, en cuya aplicación resulta fundamental el principio *pro persona* porque es el que, en la defensa cotidiana de los derechos, vincula a los operadores jurídicos al preferir la disposición

<sup>122</sup> Tesis P./J. 16/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, marzo de 2001, p. 447, rubro: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE PARA IMPUGNAR CONSTITUCIONES LOCALES, AL SER ÉSTAS, NORMAS DE CARÁCTER GENERAL Y ESTAR SUBORDINADAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

<sup>123</sup> Desde la perspectiva nacional, Carmona Tinoco sostiene que los derechos reconocidos en las Constituciones estatales son auténticos derechos fundamentales. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La situación actual de la incorporación de los derechos humanos...”, *cit.*, p. 93. En el debate español, existen autores que no reconocen a los derechos de los estatutos de las comunidades autónomas como auténticos derechos fundamentales; sino como “derechos suplementarios con respecto a los que ya acoge la Constitución”, por lo que, se sigue concibiendo que aquéllos sólo pueden ser reconocidos por la Norma constitucional. Al respecto, acúdase a Expósito, Enriqueta, “La regulación de los derechos en los nuevos estatutos de autonomía”, *Revista d’Etudis Autònoms i Federals*, Cataluña, núm. 5, octubre, 2007, pp. 152-153.

<sup>124</sup> En Alemania, nos recuerda Hartwig, el concepto de derechos fundamentales “hace referencia a todos los derechos recogidos en las respectivas constituciones de la Federación y de los *Länder*”. Hartwig, Matthias, “Los derechos fundamentales en la República federal de Alemania y sus *länder*”, en Aparicio, Miguel A. (ed.), Castellá, Joseph Ma. y Expósito, Enriqueta (coords.), *Derechos y libertades...*, *cit.*, p. 146.

de mayor contenido o menor restricción, y obliga a que en su interpretación su tome el sentido que resulte más favorable a su titular.<sup>125</sup>

En síntesis, estamos frente a un bloque de constitucionalidad caracterizado por su apertura, así como por el reconocimiento de su capacidad para agregar derechos procedentes de dos fuentes primigenias. Por esta razón, si de la C.T. 293/2011 emana con claridad que para formar parte del bloque es condición indispensable que una disposición reconozca un derecho fundamental, en el futuro cercano tendremos que analizar si la alimentación de ese bloque puede provenir de los derechos reconocidos por la jurisprudencia (nacional y convencional), y de los derechos de fuente estatal, los cuales, como hemos podido apreciar, tienen la entidad suficiente para pregonar su *fundamentalidad*.

## VI. PARA CONCLUIR: LA CARACTERIZACIÓN DEL NUEVO BLOQUE DE DERECHOS

La reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 junio de 2011, modificó a profundidad la función que cumple la *Constitución de los derechos*, esto es, la parte declarativa de expectativas, poderes y libertades a favor de las personas, y sentó con fuerza las bases para proceder a una nueva caracterización de los derechos, y para enarbolar una renovada comprensión integral de la masa o conjunto de derechos en que se articulan, a partir del reconocimiento de su natural tendencia agregadora, consecuencia de la identidad de naturaleza que los une.

El entendimiento de los derechos, desde esta perspectiva integral e integradora, adquiere la totalidad de su sentido al advertir que hoy la *Constitución de los derechos*, ha sufrido una trascendente metamorfosis la cual se enlista y desarrolla en los siguientes términos.

### 1. *De fuente única de derechos a fuente de las fuentes de derechos*

Si por un periodo prolongado de vigencia de la actual Constitución mexicana se le consideró fuente *única, exclusiva y excluyente* de los derechos fun-

<sup>125</sup> Sobre las implicaciones del reconocimiento de un doble catálogo de derechos, nacional y local alertábamos ya en Astudillo, César, “Reflexiones sobre la justicia...”, *cit.*, pp. 26 y ss.



damentales, la renovada concepción de la función que la Constitución cumple al interior del ordenamiento ha llevado a que cada vez se le reconozca más firmemente su connotación de *fuerza de las fuentes* sobre derechos fundamentales.

La preconcepción de que la Constitución contenía un *númerus clausus* de derechos fue resultado de una concepción que enarboló, hasta sus últimas consecuencias, el principio de igualdad formal, afirmando que todas las personas debían acceder exactamente al mismo número de derechos, sin importar consideraciones basadas en las efectivas diferencias en razón de género, nacionalidad, condición jurídica y demás. Este modo de ver las cosas, produjo dentro de un ámbito temporal que se extendió durante buena parte del siglo XX, un efecto interpretativo que concibió a la parte dogmática del texto como un catálogo cerrado, que no podía ser complementado por fuentes extraconstitucionales, y cuya única llave de alimentación formal se encontraba en el mecanismo de reforma constitucional.

Alejados progresivamente de esa inicial concepción, la reforma de 2011 y la interpretación que de ella ha hecho la SCJN en la C.T. 293/2011, ha traído consigo una nueva forma de concebir el papel de la Constitución en relación con los derechos, cuya racionalidad tiene la entidad y la fuerza para desplazar a la añeja concepción previa.

El renovado entendimiento se caracteriza al reconocer que la cláusula de apertura constitucional tiene una inicial *función de reconocimiento* de derechos fundamentales y una posterior *función de incorporación* de los mismos al *bloque de constitucionalidad*, siempre que desciendan de sus dos fuentes primigenias; asimismo, que el objetivo del bloque es reconducir a unidad la multiplicidad de derechos, darles coherencia y racionalidad (*función racionalizadora*), asignarles *valor constitucional* (*función ordenadora*), y reconocer su doble vertiente al interior del ordenamiento jurídico (*función sustancial y procesal*); así como los principios, técnicas y criterios para resolver tensiones, controversias o conflictos suscitados con motivo del ejercicio mismo de los derechos dentro de una sociedad basada en el pluralismo (*función armonizadora*).

## 2. De una fuente rígida de derechos a una fuente flexible

A partir de la concepción de Constitución como catálogo cerrado y rígido de derechos, hemos ido mudando hacia un concepto flexible de la misma, una vez advertida la nueva modalidad de incorporación de contenidos a su bloque de derechos.

Bajo la concepción anterior todo nuevo derecho fundamental que pretendiera incorporarse al texto de la Constitución debía cubrir los extremos formales establecidos en el artículo 135 constitucional; no obstante, hoy en día hemos progresado hacia una alimentación flexible de la *Constitución de los derechos* al advertir que su contenido se nutre con los derechos reconocidos en nuevas fuentes (tratados internacionales) que, dada su fundamentalidad, se integran a la Constitución, y lo hacen con todas las implicaciones derivadas de su posición o valor normativo, a través de una renovada cláusula que abre a la norma fundamental a la recepción de derechos de fuente internacional por la vía de los artículos 76 y 89 constitucionales.

De esta manera, de existir una única fórmula de alimentación de los contenidos constitucionales, que por su propia naturaleza es rígida por la complejidad del procedimiento de reforma constitucional, se ha abierto una nueva modalidad, en esencia más *flexible*, destinada a incorporar derechos no explicitados por el texto constitucional, a definir con mayor precisión derechos ya reconocidos o a amplificar el contenido tutelado por alguno de ellos.

La ruta de alimentación de estos derechos se encuentra sometida, evidentemente, a parámetros de racionalidad formal y material; es decir, a condiciones de vigencia derivadas de los artículos 76 y 89 constitucionales, y a condiciones de validez que encuentran su fundamento en los artículos 15 y 133, mismos que prohíben expresamente la recepción de contenidos internacionales que no sean conformes con la Constitución o que, en el extremo, alteren negativamente el alcance y contenido de los propios derechos.

### 3. *De una fuente estática de derechos, a una fuente caracterizada por su apertura*

La *precomprensión* de Constitución como documento detenido en el tiempo, derivado de las exigencias de estabilización de sus contenidos constitucionales, ha sufrido un cambio sustancial; en este tránsito, la norma fundamental se ha comenzado a concebirse como una fuente caracterizada por su apertura, de conformidad con las necesidades de cambio y evolución requeridas por el propio parámetro.

La *Constitución de los derechos* forma parte de un proceso histórico que, como consecuencia del principio de progresividad de los derechos en lo individual, y del bloque de constitucionalidad en perspectiva general, necesita nutrirse constantemente a través de renovados derechos y

libertades. Este cambio hace de él un parámetro abierto y en constante evolución, con capacidad para modular gradualmente las exigencias de estabilidad y cambio del bloque, cuando las necesidades de afianzamiento o de apertura a la recepción de renovados contenidos, lo exijan.

Bajo estas perspectivas, el contenedor de los derechos está dotado de un amplio potencial que se afirma en su infinita capacidad para acoger disposiciones de derechos fundamentales provenientes de fuentes internas y externas, con lo cual su elasticidad es evidente y la delimitación de sus fronteras se vuelve inexorablemente problemática.

#### 4. *De una fuente cierta y predeterminada de derechos a un bloque indeterminado en su extensión pero puntual en su contenido*

La añeja concepción de Constitución limitaba fuertemente la frontera de los derechos, al grado de circunscribirlos a los márgenes establecidos por los primeros 29 artículos del texto constitucional. La *Constitución de los derechos*, en este sentido, se caracterizaba por ser cierta y predeterminada en su extensión y límites. Esta antigua forma de afrontar la ubicación de los derechos se ha modificado diametralmente, ya que la sola integración de los derechos de fuente internacional a un mismo referente de derechos, ha generado la indeterminación de las fronteras del propio bloque.

Recordemos que en su contenido se integran los derechos reconocidos en los tratados que directamente se refieren a *derechos humanos*, y aquellos que se encuentran en tratados que se refieren a *otras materias* pero que contienen algunas disposiciones sobre derechos. En este sentido, el bloque actual se forma con una variedad de fuentes formales de los derechos (entre ellas, la Constitución, cada uno de los tratados internacionales de derechos o de otras materias, y está en duda si los derechos de las Constituciones estatales y los que derivan de fuente jurisprudencial), y con un número indeterminado de disposiciones sobre derechos fundamentales, con lo cual, su ámbito material es considerablemente extenso y de contornos difusos, como en su momento lo subrayara Rubio Llorente.

Sin embargo, a la vaguedad inicial e indeterminación de los derechos de fuente constitucional, se agregan derechos que aparecen con un contenido más puntual y definido, por el hecho de provenir de una técnica legislativa diferente, que ha privilegiado la claridad y sistemática, y cuya redacción permite advertir con más facilidad qué disposiciones estipulan mayores ámbitos de tutela, lo que favorece una mejor aproximación a la aplicación judicial del principio *pro persona*.

### 5. *De un parámetro aristocrático a un parámetro democrático*

De un parámetro de control de la regularidad constitucional de uso exclusivo y excluyente de un selecto grupo de jueces constitucionales, nos encontramos actualmente en tránsito hacia la conformación de un parámetro de aplicación difusa y extendida entre todos los operadores judiciales.

La directriz jurisprudencial que por un largo periodo de tiempo negó el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, propició que el parámetro de constitucionalidad se sometiera progresivamente a un uso *aristocrático* derivado del relativamente reducido número de operadores jurídicos que podían aplicarlo con efectos vinculantes. El punto de inflexión generado por el caso Rosendo Radilla Pacheco *vs.* México, y los alcances que para el sistema judicial le reconoció la SCJN en el *expediente varios 912/2010*, habilitaron nuevamente el control difuso de constitucionalidad, y reintegraron plenas atribuciones de interpretación y aplicación vinculante a todos los jueces del Estado mexicano. Con este trascendente paso, la Constitución pasó de considerarse un instrumento *aristocrático* en manos de unos pocos, a convertirse en una carta *democrática* que puede ser legítimamente empleada por una pluralidad creciente de intérpretes constitucionales.

La democratización de la aplicación judicial de la Constitución, no es óbice para reconocer, sin embargo, que la racionalización y certidumbre jurídica, imprescindibles en un Estado democrático de derecho, rememoran la importancia de contar con una instancia de cierre que establezca la interpretación definitiva y vinculante de la Constitución.

### 6. *De un bloque formal de derechos a un bloque material*

Del bloque integrado por un contenido formalmente subjetivo y estipulado de forma expresa en la Constitución bajo las condiciones de rigidez, estabilidad y predeterminación previamente aludidas, acudimos a la inusitada conformación de un bloque de tipo material cuyas dimensiones se vislumbran a través de la articulación del *texto*, el *pre-texto*, el *contexto*, y el *meta-texto*.

Así, al *texto* formal de la *Constitución de los derechos* se acompaña un *pre-texto*, concebido como aquél conjunto de valores y principios que subyacen al texto constitucional y que constituyen la *moral constitucional* que se ha ido acuñando con la evolución de la norma fundamental, entre los

que destaca, por ejemplo, el *principio de laicidad*. El *contexto* se compone con el cúmulo de praxis, convenciones y costumbres enraizadas en la conciencia social, y cuya función consiste en explicar e, incluso, justificar, el sentido de determinados contenidos constitucionales, como el *principio de no reelección*. El *meta-texto* se conforma a través del sistema de valores que conforman el *background* cultural sobre el que se asienta la Constitución y en el que el valor de la *dignidad humana* adquiere un significado central.

La convergencia de referentes tan importantes como los que acaban de señalarse generan la convicción de que el bloque de constitucionalidad es algo más que un simple contenedor de derechos, y que su comprensión integral solo se dimensiona a partir de una interpretación constitucional constitucionalmente adecuada. El bloque es una categoría jurídica cuyos alcances trascienden cualquier perspectiva formal, y cuya capacidad de condicionamiento es tan potente que alcanza a generar sus influjos en la dinámica de los poderes públicos y en las relaciones entre particulares.

#### *7. De un bloque de derechos de contenido político homogéneo a uno ideológicamente heterogéneo*

La homogeneidad ideológica que por décadas caracterizó al bloque de derechos, ha cedido definitivamente su lugar a una nueva modalidad de derechos caracterizados por la pluralidad de fuerzas políticas que los impulsan y por la heterogeneidad de contenidos que reflejan.

Si por décadas, la alimentación del bloque se cerró a la ideología imperante en la Revolución, cuya hegemonía tuvo la capacidad de institucionalizarse bajo la estela de un partido político que logró manejar el ritmo de los cambios constitucionales, el inicio de este nuevo siglo refleja un fortalecido equilibrio de fuerzas políticas en donde la alternancia se vive intensamente y en el que todo cambio constitucional necesita el respaldo de dos o tres partidos políticos. Esta nueva etapa de pluralismo democrático ha propiciado el impulso de nuevos derechos fundamentales que, auspiciados desde distintas expresiones políticas, son expresión y resultado de una heterogeneidad ideológica cada vez más asentada en la sociedad.

La Constitución representa en nuestros días un orden basado en la libertad y en el pluralismo político, y ese solo hecho la convierte en una norma abierta a la multiplicidad de tendencias ideológicas que conviven en la sociedad. En esa apertura, el catálogo de derechos, al ser expresión de la renovada confluencia de diversas opciones políticas, se ha visto

notablemente enriquecido porque en su evolución es capaz de expresar los intereses, expectativas y libertades de una sociedad en permanente transformación. Al ser paradigma de la inclusión de derechos en donde se reconocen todos, es factible que desde la propia Constitución se incentive un compromiso constitucional que permita el despliegue de una gran gama de opciones de política legislativa, en la cual, las expectativas de los principales polos ideológicos encuentren una cabida razonable.

## LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO TECNO-PRAXIS

Manuel ATIENZA

SUMARIO: I. *¿Es dogmática la dogmática jurídica?* II. *La dogmática jurídica no es una ciencia, sino una técnica.* III. *Tres planteamientos iusfilosóficos sobre la dogmática jurídica.* IV. *El punto de vista de los dogmáticos.* V. *Por qué una tecno-praxis.*

### I. ¿ES DOGMÁTICA LA DOGMÁTICA JURÍDICA?

Aunque los juristas no suelen ser muy conscientes de ello, la dogmática jurídica es un saber polémico, y en varios sentidos. Lo es, para empezar, en cuanto a la propia denominación: “dogmática jurídica”, que suena ciertamente rara en el contexto de la cultura contemporánea. Seguramente, todo estudiante de derecho (de los países de derecho continental: en los que se emplea ese término) habrá sentido algún tipo de extrañeza cuando por primera vez oyó o leyó esa expresión; pero la costumbre, como se sabe, es una especie de segunda naturaleza, de manera que al cabo de algún tiempo habrá pasado a considerarla como algo normal: parte de la jerga de los juristas profesionales. Pruébese, sin embargo, a utilizar la expresión ante un auditorio ajeno a la comunidad jurídica (por ejemplo, en un contexto de científicos y/o de filósofos), y se verá que no es tan fácil de explicar que alguien se dedique hoy profesionalmente (y aceptado que no se trata de una profesión religiosa) a una actividad calificada por él mismo y por los demás de “dogmática”.

La extrañeza, como es más o menos obvio, proviene de que el lenguaje de los dogmas parece pertenecer a la esfera de los saberes sagrados (de la teología) y no a la de los profanos, lugar en el que, se diría, tendría que ubicarse el saber jurídico. El “dogmático del derecho” que se viera en la tesitura de tener que explicar a otros (hacia afuera) el uso de ese término podría, seguramente, aclarar que al mismo no se le debe dar ninguna connotación especial: expresa, simplemente, la circunstancia de que,

para el jurista teórico (para el estudioso del derecho), las normas jurídicas son datos que no puede someter a discusión y, por ello, funcionan precisamente como dogmas, como los puntos de partida a partir de los cuales tiene que operar. Y seguramente añadiría a ello que, dados los orígenes muy remotos del saber que cultiva (que se remontan por lo menos a la época clásica del derecho romano), no habría tampoco por qué extrañarse de la permanencia de esa tradición.

Sin embargo, esa hipotética explicación no es del todo satisfactoria. Y no lo es porque, a pesar de lo que suele pensarse, “dogmática jurídica” es una expresión de uso relativamente reciente. No fue la empleada habitualmente para referirse al saber tradicional de los juristas en la Edad Media (ni tampoco en el ámbito del derecho romano), sino que su introducción parece haberse producido más bien en el siglo XVIII<sup>1</sup> y se consolida a partir de la escuela histórica, desde comienzos del XIX. El que los juristas suelen hablar hoy comúnmente de “dogmática jurídica” viene a ser, pues, fundamentalmente, una herencia del positivismo jurídico (o de cierto tipo de positivismo jurídico). Y, en este sentido, puede resultar curioso el hecho de que Ihering (que contribuyó de manera muy importante a consolidar esa denominación), entendió por “dogmática jurídica” la parte más alta de la jurisprudencia (no la jurisprudencia sin más) que, según él, tenía un carácter eminentemente constructivo.

En efecto, en un texto de 1857, *Nuestra tarea*,<sup>2</sup> al igual que anteriormente en su *El espíritu del derecho romano* (en el tomo 2), Ihering distinguió entre una jurisprudencia inferior y una superior. El cometido de la primera sería meramente “receptivo”, en el sentido de que con ella se trata de establecer el material en bruto. La actividad fundamental consiste aquí en interpretar las fuentes, pero entendida la interpretación como una operación dirigida a descubrir la voluntad del legislador. Esos materiales estarían formados básicamente por lo que Ihering llama “reglas jurídicas” que, cuando son generales, serían (“se suele emplear la expresión”, dice Ihering: p. 255) “principios jurídicos” y, si tienen un carácter más especial y restringido, “proposiciones jurídicas”. De todas formas, para él la interpretación incluye no solo

<sup>1</sup> Véase Orestano, Riccardo, *Introduzione allo Studio Storico del Diritto Romano*, Torino, Giappichelli, 1961, pp. 241-2, nota, y Paresce, E., voz “dogmatica giuridica”, en *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, p. 679.

<sup>2</sup> Hay una traducción reciente acompañada por un estudio preliminar de Lloredo Alix, Luis, “Rudolf von Ihering: nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos”, *Eunomía. Revista en [sic] cultura de la legalidad*, núm. 4, marzo-agosto 2013, pp. 234-275.



la exposición del contenido *inmediato* de la ley, sino también la extracción del *mediato*, es decir, la deducción del *principio* a partir de las decisiones particulares que están dadas en la ley y, a la inversa, el desarrollo de las *consecuencias* que se derivan del principio así construido. En suma, el ascenso y descenso lógico dentro de la ley (p. 254).

Por el contrario, el cometido de la jurisprudencia superior (para la que Ihering reserva, como se ha dicho, el nombre de “dogmática”) sería esencialmente constructivo. Consiste en la transformación de esa materia bruta en conceptos: “la transformación... consiste, *negativamente*, en despojar a la materia de su forma inmediatamente práctica e imperativa y, *positivamente*, en darle a ésta la forma de un *cuerpo jurídico*”, entendiendo por esta última expresión algo así como objetos conceptuales creados por el dogmático, mediante lo que Ihering llama las “leyes de la construcción jurídica”: la primera establece que lo que se construye tiene que coincidir con el material positivo; la segunda, que lo construido no debe ser contradictorio, y la tercera —la ley de la belleza jurídica— hace referencia a la elegancia de la construcción. Para Ihering, por lo tanto, “la materia original nos es dada, pero lo que saquemos de ella es, en realidad, nuestra propia creación: porque no se trata sólo de colocar la materia en un *orden* distinto, sino de configurarla” (p. 255). Y subraya además que “el interés de la construcción jurídica no es solamente científico... sino extremadamente práctico” (p. 255-6); “del mismo modo que los descubrimientos de las ciencias naturales, también los de la ciencia jurídica terminan siendo de utilidad para la vida” (p. 259), aunque no sea de manera inmediata, pues “la ciencia del Derecho no sería ciencia del Derecho, ni tampoco podría cumplir su finalidad práctica si sólo se empeñara en buscar lo inmediatamente práctico. Esta es otra de las buenas lecciones que la ciencia del Derecho romana nos ha legado: que la ciencia, *para ser verdaderamente práctica, no puede limitarse a lo práctico*” (p. 259); “la fusión de la ciencia con la vida es el objetivo al que debería tender nuestra ciencia jurídica” (p. 263).<sup>3</sup>

Pues bien, sin pretender para nada hacer un análisis filológico de la expresión “dogma” y “dogmática” (una tarea, por otro lado, de gran in-

<sup>3</sup> He respetado la traducción castellana que vierte *Jurisprudenz* por “ciencia del Derecho”. Pero me parece que hubiese sido preferible utilizar la expresión “Jurisprudencia” que, en contra de lo que piensa el (por lo demás, excelente) traductor, no es que tenga “en el castellano actual otro significado más preciso” (p. 255 nota), sino otro significado además del de “ciencia del Derecho”; o sea, se trata de una expresión ambigua, pero la ambigüedad podría resolverse fácilmente escribiendo la palabra con mayúscula para referirse a esta última acepción.

terés y seguramente nada fácil de llevar a cabo), me parece que puede ser interesante señalar que, originariamente, los autores griegos usaron la expresión *dogma* en el sentido de opinión (etimológicamente significaría “lo que parece bueno”) y lo aplicaron a los decretos de las autoridades públicas y a los principios sustentados por varias escuelas filosóficas; los filósofos *dogmáticos* —puede leerse en el Diccionario de Ferrater Mora—<sup>4</sup> eran aquellos que —frente a los escépticos— no prestaban mucha atención a los hechos o a los argumentos, sino a los principios. Más tarde, el término fue utilizado por los teólogos, con un significado más reducido; según Losano,<sup>5</sup> en la segunda mitad del siglo IV pasó a significar no cualquier aserción indiscutible, sino únicamente las verdades reconocidas por la Iglesia católica. Además, según este autor, los dogmas nacieron propiamente cuando ciertas verdades religiosas se vuelven objeto de discusión (no habría habido dogmas en el cristianismo más antiguo), de manera que puedan suscitar graves dudas entre los fieles. De ahí que el nacimiento de la teología sistemática (la rama de la teología que se ocupa de la sistematización de los dogmas) se vincule con la Reforma y con las guerras de religión de los siglos XVI-XVII (pp. 230-1). La dogmática jurídica vendría a ser, pues, el equivalente a la teología dogmática (o sistemática), y el uso de ese término podría entenderse justificado en la medida en que también en el derecho existirían ciertas verdades indiscutibles, inmutables: las que aparecen en el *Corpus iuris* que, efectivamente, durante mucho tiempo podría considerarse que funcionó como una especie de evangelio jurídico (p. 232), como la *ratio scripta*. Merece la pena añadir que, en la clasificación comúnmente aceptada de las “ciencias sagradas”, junto a la teología sistemática (a la que pertenece la dogmática) aparece la teología histórica y la teología práctica (en este último apartado es donde se incluiría el derecho canónico).<sup>6</sup> Es decir, en la organización interna de la teología aparecen las tres funciones que hemos visto recogidas en la jurisprudencia de Ihering: la histórica o descriptiva (la jurisprudencia inferior), y la sistemática y práctica (jurisprudencia superior o constructiva).

Sea como fuere, lo que parece claro es que hoy en día el uso de la expresión “dogmática jurídica” resulta sumamente inadecuado para dar cuenta del saber característico de los juristas que tradicionalmente se denominó más bien jurisprudencia. Esa terminología sugiere una analogía

<sup>4</sup> Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, voz “dogma”, Barcelona, Ariel.

<sup>5</sup> Losano, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto. Vol. I, Dalle origini alla scuola storica*, Milán, Giuffrè, 2002.

<sup>6</sup> Véase P. Fedele, voz “dogma”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè.

con respecto a la teología, esto es, a un saber interpretativo vinculado a la existencia de textos sagrados e inmodificables, que (paradójicamente pues, como se ha dicho, fueron fundamentalmente los juristas positivistas quienes acuñaron el término) dejó de tener sentido desde la era del positivismo jurídico, en la que el derecho pasó a verse como un fenómeno histórico y propio de cada sociedad; en definitiva, como un fenómeno esencialmente mutable. Para cualquier jurista resulta hoy obvio que el derecho (lo que él entiende por derecho) tiene una naturaleza esencialmente convencional, aunque en un nivel muy abstracto puedan descubrirse ciertos contenidos y, sobre todo, ciertas formas (ciertos conceptos) más o menos comunes a todos los sistemas jurídicos; pero, precisamente, esos elementos necesarios de todos los sistemas jurídicos no se considera que sean el objeto de estudio de la dogmática (de ninguna de las dogmáticas), sino de la filosofía jurídica o de la teoría general del derecho. Pues bien, esa naturaleza convencional del derecho que, como digo, hoy no es una tesis seriamente discutida por nadie, hace que la crítica al legislador y, en consecuencia, las propuestas de modificación de las normas jurídicas sean rasgos típicos de los trabajos que llamamos de “dogmática jurídica” y que, naturalmente, no tienen equivalente en la elaboración propiamente dogmática que se efectúa a partir de los textos sagrados, como la Biblia o el Corán.

Alguien podría pensar en una manera de justificar el uso de la expresión “dogmática jurídica” en términos, por así decirlo, de analogía funcional. Se estaría aludiendo entonces, simplemente, a la existencia de datos que no se someten a discusión, de manera que los dogmas jurídicos serían equivalentes a los axiomas de la lógica o de la matemática o a ciertos presupuestos existentes en cualquier ciencia empírica que quedan fuera de la discusión (definen lo que suele llamarse el paradigma de esa disciplina) y que, en consecuencia —se dice—, funcionan también como dogmas. Pero esto no deja de ser una analogía que, por otra parte, podría ocultar diferencias de gran relieve. Los axiomas son proposiciones básicas que se aceptan sin demostración y que (en los últimos tiempos; a diferencia de lo que habría ocurrido en otras épocas) no se ven ya como verdades necesarias (evidentes), sino más bien como hipótesis o postulados que podrían sustituirse por otros (piénsese, por ejemplo, en las geometrías no-euclidianas o en las lógicas que no reconocen el principio de tercero excluido o de no contradicción). Por lo demás, los axiomas operan en el contexto de las ciencias formales, categoría a la que no pertenece la dogmática aunque, desde luego, el método axiomático (la construcción de un sistema lógico-deductivo) puede tener una cierta aplicación en ámbitos jurídicos. Y cuando se habla de los “dogmas” de la ciencia, la expresión

tiene un sentido más bien metafórico, que difiere del significado con que se utiliza a propósito de los dogmas teológicos o de los dogmas jurídicos. Merece la pena detenerse un momento en este último punto porque ello puede permitir aclarar, al menos en parte, una peculiaridad del saber jurídico tradicional, de la jurisprudencia.

En un texto un poco anterior a su famoso libro *La estructura de las revoluciones científicas*, titulado “La función del dogma en la investigación científica”<sup>7</sup>, Thomas Kuhn parecía sugerir una analogía entre la ciencia y la teología de la que, sin embargo, habría prescindido en escritos posteriores.<sup>8</sup> Lo que ahí venía a decir es que la educación científica (en la que los libros de texto juegan un papel muy importante) supone “una iniciación relativamente dogmática” (p. 10) en cuanto que al científico no se le entrena, digamos, para ser un innovador, sino para aceptar “una tradición preestablecida de solución de problemas” (p. 10), esto es, un paradigma que le proporciona ciertas “reglas del juego” de las que no ha de salirse. En los periodos de “ciencia normal” (que, como se sabe, Kuhn contrapone a los de “ciencia extraordinaria”, en los que no existe un único paradigma), los problemas que ha de resolver un científico consistirían en algo así como solucionar rompecabezas, de manera que lo que se busca con ello no sería “descubrir lo desconocido, sino obtener lo conocido” (p. 30). El siguiente fragmento de esa obra es, me parece, ilustrativo del pensamiento de Kuhn:

El paradigma que ha adquirido a través de un entrenamiento previo le proporciona las reglas del juego, describe las piezas con las que se ha de jugar e indica la naturaleza del resultado requerido. La tarea de un científico tal es manipular esas piezas sin salirse de las reglas de manera que se produzca el resultado requerido. Si fracasa, como suele sucederles a la mayoría de los científicos al menos en sus primeros ataques a cualquier problema dado, ese fracaso delata sólo su falta de habilidad. Pero no puede poner en entredicho las reglas que ha suministrado su paradigma, pues sin esas reglas no habría desde un principio rompecabezas con el que enfrentarse. No es extraño, pues, que los problemas (o rompecabezas) que el profesional de una ciencia madura aborda, presupongan un profundo compromiso con un paradigma. Y, afortu-

<sup>7</sup> Kuhn, Thomas S., *La función del dogma en la investigación científica*, trad. de D. Es-lava, Revista Teorema, Valencia, 1979; el texto proviene de una conferencia de 1961.

<sup>8</sup> El traductor del texto recién citado atribuye a Toulmin el siguiente comentario: “al cargar [Kuhn] el acento sobre la idea de ‘dogma’, sugiere una audaz analogía entre ciencia y teología, de la que hará omisión en ulteriores escritos”(p. 1).

nadamente, tal compromiso no se abandona a la ligera. La experiencia muestra que, en casi todos los casos, los reiterados esfuerzos, ya sean del individuo o del grupo profesional, logran obtener dentro del paradigma una solución incluso para los más recalcitrantes problemas. Este es uno de los modos en que la ciencia avanza. Bajo estas circunstancias, ¿puede sorprendernos que los científicos se resistan al cambio-de-paradigma? Lo que están defendiendo, después de todo, no es ni más ni menos que la base de su modo de vida profesional (pp. 30 y 31).

Afirmaciones que, de todas formas, resultan un tanto matizadas al final de la obra:

Aunque la investigación afortunada [exitosa] presupone necesariamente un serio compromiso con el *statu quo*, sigue siendo la innovación el núcleo de la empresa científica. Los científicos están *adiestrados* para operar como solucionadores-de-rompecabezas a partir de las reglas establecidas, pero se les *enseña* también a considerarse a sí propios como exploradores e inventores que no conocen otras reglas que las dictadas por la misma naturaleza (p. 43).

De manera que la conclusión final del texto de Kuhn consiste en señalar que en el desarrollo de la ciencia existe una “tensión” entre la tradición y la innovación y que parece oportuno advertir sobre la importancia del primero de esos dos factores:

Casi nadie, o quizás absolutamente nadie, necesitará que se le diga que la vitalidad de la ciencia depende de que continúen surgiendo las ocasionales innovaciones que quebrantan la tradición. Pero la dependencia, aparentemente opuesta, de la investigación respecto a un hondo compromiso para establecer instrumentos y creencias, recibe muy poca atención (p. 44).

Bueno, no me parece que haya por qué poner en duda lo que nos dice aquí Kuhn porque, en realidad, su tesis vendría simplemente a ratificar algo que parece bastante obvio: que los científicos, para la resolución de los problemas a los que tienen que hacer frente, utilizan una pauta de racionalidad que es esencialmente la misma que funciona en cualquier campo en el que se trate de resolver (racionalmente) problemas. Consiste en seguir los procedimientos acostumbrados en la medida en que resultan exitosos y no apartarse de los mismos (no introducir innovaciones) a no ser que haya buenas razones para ello. En actividades de tipo discursivo, eso significa que hay proposiciones que, en principio, quedan fuera de discusión. Sin

ir más lejos, en el terreno del razonamiento práctico (en particular del jurídico), es lo que Perelman llamó el *principio de inercia*:<sup>9</sup> para resolver un determinado caso, un juez tratará de hacerlo siguiendo el precedente (la manera como anteriormente se han resuelto casos semejantes al que se le presenta ahora), y solo se apartará de esa forma de proceder en casos excepcionales, si ve que aplicar esa solución llevaría a consecuencias que le parecen inasumibles. Ese tipo de “conservadurismo” (en términos argumentativos: el que la carga de la prueba se le atribuya a quien pretende efectuar un cambio) obedece a razones de economía y de eficiencia y, como digo, es enteramente razonable que opere en cualquier tipo de empresa racional. Es también lo que hace que resulte justificado (que sea racional) el uso de argumentos de autoridad: cuando seguir a la autoridad (aceptar lo ya establecido) facilita llegar a las soluciones aceptables a los problemas. Pero hay aquí una diferencia crucial en cuanto a cómo funcionan los argumentos de autoridad en esos diversos campos.

En el caso de la ciencia (de la ciencia empírica), los presupuestos o premisas últimas son efectivamente resistentes al cambio, pero pueden modificarse, aunque sea con cierto esfuerzo. Las condiciones para hacerlo (con éxito) están incluso preestablecidas, en las reglas del método científico: cuando las leyes, las teorías, etcétera, de las que forman parte —o en las que se apoyan— las proposiciones resulten falsadas o puedan descartarse de acuerdo con algún otro criterio de validación científica. Pero, naturalmente, nada de esto es posible en el caso de la teología: negar las verdades teológicas (o alguna de las verdades esenciales, de los dogmas) no significa hacer progresar la teología, sino destruirla. Los únicos cambios asumibles son, si acaso, los referidos a la interpretación de los dogmas (de las verdades), pero no los que ponen en cuestión los dogmas mismos. La diferencia entre la ciencia y la teología es, por lo tanto, esencial; cualitativa, y no simplemente de grado. Y la dogmática jurídica se encuentra, por así decirlo, en un lugar intermedio entre la ciencia y la teología. La posición del dogmático del Derecho no es la del teólogo puesto que, como antes se indicaba, las normas jurídicas son vistas hoy como proposiciones esencialmente modificables; más mudables incluso, si se quiere, que los paradigmas científicos. Pero tampoco es la del científico de la naturaleza, puesto que el cultivador de la dogmática jurídica (de cada una de sus ramas: civil, penal, etcétera) tiene que someterse a la “autoridad del derecho” (de la Constitución, de las leyes, de la jurisprudencia) que establece

<sup>9</sup> Perelman, Chaïm, “Autorité, idéologie et violence”, en el vol. *Le champ de l’argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970.

límites que (en cuanto dogmático) le son infranqueables. Aquí, al igual que ocurre con el teólogo, podrá interpretar ese material de una forma u otra (y siempre según los criterios de interpretación que le suministra también la autoridad). Pero no puede (en la medida en que pretenda hacer dogmática) desconocer la autoridad, aunque sí esté a su alcance (puede ser incluso un objetivo central de su actividad) proponer a la autoridad que modifique esos “dogmas” y que lo haga incluso de una determinada manera (según ciertas técnicas de redacción, para impedir lagunas, contradicciones, etcétera). De manera que, en definitiva, en el caso de las ciencias empíricas, la modificación de los “dogmas” depende, en última instancia, de la experiencia, de una realidad ajena al científico. En el caso de la jurisprudencia requiere la intervención de una voluntad (una autoridad) y el jurista dogmático puede contribuir (racionalmente) a ese cambio. Y en la teología el cambio de los dogmas es imposible porque no han sido establecidos ni por la naturaleza ni (según sus cultivadores) por una autoridad humana. Lo que equivale a decir, en definitiva, que los únicos dogmas existentes, en el sentido estricto de la expresión, son los de la teología.

## II. LA DOGMÁTICA JURÍDICA NO ES UNA CIENCIA, SINO UNA TÉCNICA

El empleo del término “dogmática jurídica” es, pues, confuso, al menos en estos dos sentidos. Por un lado, sugiere una aproximación de esa actividad a la de la teología que no responde a cómo, de hecho, opera hoy la dogmática jurídica. Y, por otro lado, aun aceptando esa analogía, el *pendant* de la dogmática jurídica en el campo de la teología no lo sería únicamente la teología dogmática (o sistemática). Como resulta ya con entera claridad de la obra de Ihering, la función de la jurisprudencia no es solamente dogmática (sistemática), sino también descriptivo-explicativa (histórica) y normativa. Pero lo que hace, de todas formas, que la dogmática sea un saber polémico no es tanto su nombre (como digo, muy probablemente inadecuado: pero no es fácil cambiar una convención lingüística cuando la misma está muy arraigada), sino las dificultades existentes para clarificar su estatuto epistemológico.

La cuestión, como se sabe, es bien antigua. Se planteó prácticamente a lo largo de toda la historia de la disciplina. Y adquirió una especial gravedad a partir de la época moderna, con la aparición de las ciencias experimentales y el establecimiento de una “nueva” noción de ciencia (frente a

la idea antigua y medieval) en la que el saber tradicional de los juristas no tenía un fácil acomodo.<sup>10</sup> Se podría decir que, a lo largo de los últimos siglos, se han ensayado todas las vías posibles para configurar a la jurisprudencia como ciencia, esto es, se le ha procurado ver: como una ciencia formal (según el modelo de la lógica o de la matemática), como una ciencia natural, como una ciencia social empírica, o como una ciencia social (por su objeto), pero construida según métodos distintos a los de las ciencias empíricas (ciencia espiritual, cultural, etcétera). Y el resultado ha sido siempre insatisfactorio, en cuanto el saber tradicional de los juristas no parece corresponderse realmente con ninguno de los anteriores modelos de ciencia. O, dicho de otra manera, ese tipo de aproximación al problema ha llevado a una especie de duplicación de los saberes jurídicos, esto es, a distinguir entre un tipo de actividad de objetivos simplemente pragmáticos y que no puede considerarse científica (la elaboración dogmática del derecho) y la “verdadera” ciencia jurídica que consistiría en algo distinto: en el derecho natural, en el análisis formal de los conceptos jurídicos (teoría general del derecho), en el estudio de los elementos empíricos del derecho (sociología del derecho, psicología jurídica, etcétera), en la construcción de una ciencia comprensiva, hermenéutica, etcétera, o bien de una ciencia social integrada (el fenómeno jurídico sería uno de los elementos a integrar) que, en todo caso, se alejaría mucho de lo que realmente hacen los juristas dogmáticos.

Esa aproximación prescriptiva a propósito de la jurisprudencia puede advertirse claramente en los grandes teóricos del derecho del siglo XX que, por lo demás, han contribuido de manera notable a clarificar en qué consiste el saber tradicional de los juristas. Pero parece obvio que el modelo de ciencia jurídica de la teoría pura de Kelsen se aleja mucho de lo que realmente hacen los dogmáticos del derecho, que en absoluto se limitan a describir las normas válidas dejando fuera de sus elaboraciones cualquier ingrediente de carácter social o axiológico. Y se aleja también mucho en la versión que le diera Bobbio en 1950, adaptando el modelo kelseniano a la concepción neopositivista de ciencia: la Jurisprudencia consistiría según esa idea de ciencia únicamente en el análisis del lenguaje jurídico; por lo demás, esa concepción de la ciencia jurídica es también la adoptada por Luigi Ferrajoli en diversas obras recientes y de gran

<sup>10</sup> En un libro publicado en 1985, y que era la reelaboración de una “Memoria de cátedra” presentada dos años antes, hacía un resumen de ese panorama: Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985; hay una reedición — con el mismo título — en México, Fontamara, 1998.



influencia. También es fuertemente prescriptiva la teoría de la ciencia jurídica de un “realista” como Alf Ross: su modelo empirista y predictivo no puede considerarse en absoluto como una descripción del trabajo de los juristas dogmáticos. O (aunque en menor medida) la reconstrucción de la ciencia jurídica que algunos han efectuado a partir de los planteamientos de Hart;<sup>11</sup> es interesante añadir aquí que el menor interés que los autores anglosajones han mostrado por esclarecer el estatuto epistemológico de la Jurisprudencia puede deberse en buena medida al mayor prestigio —en relación con lo que ocurre en los países de *civil law*— de las profesiones jurídicas en el contexto de sus sistemas jurídicos. Y, por supuesto, también tiene un carácter prescriptivo el planteamiento que puede encontrarse en los autores marxistas y que ha dado lugar a teorías “críticas” que no dejan espacio para adoptar un punto de vista interno o normativo en relación con el derecho que es, precisamente, el punto de vista de la dogmática.

Ahora bien, cuando se examina toda esa discusión en torno al carácter científico o no de la jurisprudencia, no es difícil llegar a la conclusión de que la misma ha estado notablemente oscurecida por la aceptación de un presupuesto que, sin embargo, no hay por qué aceptar: que el valor o la importancia de una actividad o de un saber se mide por su grado de científicidad. Para darse cuenta de que esto no es (necesariamente) así, bastará con reparar que, en un sentido estricto de la expresión, ni la medicina ni la arquitectura, ni las ingenierías ni la informática son “ciencias”, sino técnicas (o tecnologías, puesto que hacen abundante uso de conocimiento científico) lo que, naturalmente, no pone en cuestión su relevancia social y su prestigio epistemológico. Y si se dice que no son ciencias es porque su objetivo central no es —digamos— el de “conocer por conocer” ciertos fenómenos, sino más bien el de utilizar conocimiento científico (proveniente de la biología, de la química, de la física, de la matemática...) para lograr ciertos resultados prácticos: curar enfermedades, construir edificios sólidos y funcionales, etcétera. ¿Y no se podría decir otro tanto de la dogmática jurídica? ¿No podría reconstruirse esa actividad como una técnica, cuyo cometido fundamental (aunque esto no sea siempre reconocido así) no sería (no debería ser) obtener conocimiento (describir o sistematizar un sector del ordenamiento jurídico), sino resolver (en un cierto nivel de abstracción) un tipo peculiar de problema práctico refe-

<sup>11</sup> Me refiero aquí, sobre todo, a Mario Jori, *Il método giuridico tra scienza e politica*, Giuffrè, Milán, 1976. En el libro señalado en la nota anterior, presento con algún detalle todas esas concepciones de la ciencia jurídica

rido a la aplicación, la interpretación y la producción del derecho? ¿Por qué negar a esa actividad valor y prestigio social simplemente porque no pueda calificarse de científica?

En el libro al que antes hacía referencia,<sup>12</sup> yo tomaba precisamente esta segunda vía de aproximación al problema. Analizaba la famosa crítica de von Kirchmann a mediados del XIX y mostraba que sus argumentos contra la cientificidad de la Jurisprudencia resultaban simplemente “impertinentes” si la Jurisprudencia se interpretaba como una técnica cuya finalidad esencial no es la de conocer, sino la de obtener ciertos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos. Más en concreto, precisaba que esos resultados prácticos eran los de suministrar criterios para la aplicación y el cambio del derecho, de manera que la elaboración de un sistema conceptual debía verse más bien como un medio para la obtención de esas finalidades “últimas”, y de ahí el papel positivo de la dogmática: “un sistema jurídico que careciera de elaboración dogmática estaría en disposición de resolver muchos menos problemas que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada”(p. 253); el hecho de que la dogmática suponga la aceptación de ciertos puntos de partida es lo que permite “cumplir su función de aumentar las posibilidades de decisión del sistema haciéndolas relativamente previsibles” (p. 254). Y terminaba afirmando que:

Carece de sentido y de interés plantearse el problema de si la Jurisprudencia es o debe llegar a ser una ciencia... La cuestión pertinente debiera ser la de saber si, en cuanto técnica, puede incorporarse y utilizar conocimiento científico y conocimiento tecnológico procedentes en principio de otras áreas... y si tal incorporación supone o no un enriquecimiento para la dogmática (p. 254).

Un poco después, en el curso de una polémica con Vernengo,<sup>13</sup> tuve ocasión de perfilar un poco más ese planteamiento, la tesis de que la dogmática jurídica no es una ciencia en el sentido estricto de la expresión, sino una técnica social. Me apoyaba para ello en la caracterización que de la técnica (o de la tecnología: la técnica basada en conocimiento científico) hace Mario Bunge. Este último considera que aunque las ciencias y las tecnologías comparten muchos elementos, sin embargo, se pueden trazar ciertas diferencias entre unas y otras. Trasladado ese análisis al campo de la dogmática jurídica, llegaba a la conclusión de que el saber tradicional

<sup>12</sup> *Introducción al derecho, cit.*

<sup>13</sup> Publicada en el núm. 3 (1986) de la revista *Doxa*.

de los juristas constituye una técnica (más bien que una tecnología: hay poco uso de conocimiento científico; su base está constituida más bien por una combinación de experiencia y sentido común) en la que se pueden destacar rasgos paralelos a los que Bunge señala para las tecnologías: el conocimiento de la dogmática es, en razón de su objeto, un conocimiento relativamente cerrado, al igual que son cerradas las comunidades de los dogmáticos; la filosofía inherente a la dogmática es una concepción pragmática del saber; los problemas característicos de la dogmática son de tipo práctico, al igual que son prácticos sus objetivos o funciones; la forma de proceder de la dogmática se asemeja más que al método científico al tecnológico, en el que funcionaría la secuencia: problema práctico-diseño-prototipo-prueba-corrección del diseño o reformulación del problema; en la actividad de la dogmática jurídica, los juicios de valor —morales y políticos— desempeñan un papel relevante.

### III. TRES PLANTEAMIENTOS IUSFILOSÓFICOS SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

En la filosofía del derecho española de los últimos tiempos, el problema de la naturaleza y de las funciones de la dogmática jurídica no ha ocupado un lugar demasiado central, aunque no hayan faltado tampoco trabajos de indudable interés sobre la materia. Me referiré aquí brevísimamente a tres de ellos, porque sus planteamientos están muy próximos al que acabo de hacer.

El primero de ellos es el de Albert Calsamiglia, en una obra publicada en 1986, *Introducción a la ciencia jurídica*.<sup>14</sup> Su propósito —nos dice— no es tanto el de estudiar si la dogmática es o no una ciencia o qué tipo de ciencia es, y tampoco el de prescribir a los dogmáticos qué es lo que deberían hacer. Es decir, no se sitúa en el plano de la metajurisprudencia prescriptiva, sino en el de la metajurisprudencia descriptiva y de ahí que señale que su objetivo es el de “describir cómo es y cómo se desarrolla la jurisprudencia” (p. 17). En realidad, en el libro (en el que la influencia de Kuhn es manifiesta) no se dan muchos detalles sobre cuáles son las reglas de juego de la dogmática y qué es lo que caracteriza a la comunidad de los dogmáticos. Pero, en todo caso, Calsamiglia remarca la importancia social de la dogmática, con independencia de que sea o no una ciencia,

<sup>14</sup> Calsamiglia, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.

en cuanto sus “reglas de juego” (la sujeción a la ley, la justicia del caso y la sistematicidad del derecho) están al servicio de los valores de seguridad jurídica, de igualdad y de solución justa y eficaz de los conflictos sociales; subraya la apertura de la dogmática a reflexiones de filosofía moral y política, teoría económica y sociología, y, en particular, considera que “el razonamiento moral... constituye uno de los pilares básicos de la reflexión dogmática” (p. 145).

Una visión parecida puede encontrarse en un artículo (reciente<sup>15</sup>) de Alfonso Ruiz Miguel, aunque este último se centra en la cuestión de si la dogmática jurídica es un saber de carácter científico o técnico. En su opinión, la manera de proceder de la dogmática se ajusta más bien al modelo de lo que tradicionalmente se ha llamado “técnica”, lo cual es perfectamente compatible “con su valor y prestigio social”, como ocurre con otras actividades técnicas como (son algunos de los ejemplos que pone) la cirugía y la medicina clínica, las ingenierías, la informática o la arquitectura (p. 410). Es más, Ruiz Miguel distingue, siguiendo a Ortega, entre técnicas que presuponen conocimientos científicos organizados y técnicas que presuponen conocimientos variados, pero no de carácter estrictamente científico, y piensa que la dogmática ocuparía, por así decirlo, un lugar intermedio. Como se ve, se trata, en lo esencial, de la misma tesis que yo había defendido en los trabajos de 1985 y 1986 a los que antes me refería (y a los que se refiere también Ruiz Miguel). Y de ahí que me haya producido cierta sorpresa encontrarme con la afirmación de que su postura discreparía tanto de quienes, como Larenz, defienden el valor científico de la Jurisprudencia (lo que, en su opinión, arrastra el prejuicio de pensar que, si no fuera científica, no sería una actividad valiosa, junto con el prejuicio de identificar cognoscitividad y científicidad), como de quienes, y aquí es donde me incluye, entienden que “la esencia del conocimiento en que se basa” (la dogmática) se limita “a recopilar experiencias y conocimientos vulgares ligados con la salsa del sentido común” (p. 411).<sup>16</sup> En todo caso, y a semejanza de nuevo con lo sostenido

<sup>15</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, “La dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?”, en Alarcón, Carlos y Vigo, Rodolfo (coord.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011. El autor advierte que se trata de un trabajo (en el que solo ha introducido retoques no de fondo) publicado originalmente en 2003.

<sup>16</sup> Ruiz Miguel afirma también que “una extensión extrema y extravagante de esta misma tesis [la mía] es la de Hernández Marín, que califica la dogmática de pseudociencia”. (nota 10, p. 411). Sin entrar en cómo haya que calificar el planteamiento al respecto de este último autor, lo que me parece claro es que no se trata de la misma

por Calsamiglia, al final de su trabajo, Ruiz Miguel sugiere que entender la dogmática como una *tecné* o como un *ars* “también permitiría relacionarla, y más encaminadamente que con la ciencia, con la filosofía práctica” (p. 412). Sería, en su opinión, una vía que en los últimos años habría sido renovada, sobre todo, por influjo de Ronald Dworkin.

Y, en fin, también puede encontrarse una postura parecida en Jesús Vega: en su libro *La idea de ciencia en el derecho*<sup>17</sup> y, sobre todo, en un artículo un poco posterior que, de alguna forma, es una síntesis y desarrollo del mismo.<sup>18</sup> Lo que este autor viene a sostener es, por un lado, que hay una continuidad entre la técnica jurídica incorporada en la propia práctica del derecho (la de los jueces, abogados, legisladores) y la dogmática jurídica, de manera que esta última sería una racionalidad interna al derecho, “un nuevo mecanismo de racionalización que genera una institución jurídica más” (p. 394), y, en cierto modo, es esa “proximidad de escala que la dogmática mantiene con el derecho” (p. 396) lo que lleva a que esta última no sea ni pueda ser una racionalidad científica. Y, por otro lado, que tampoco podría considerarse que la “verdadera” ciencia jurídica deba buscarse en las ciencias *sobre* el derecho: la sociología, la economía, la lógica, etcétera; según Vega, la proyección “parcial” de estas últimas ciencias sobre el derecho no darían lugar a una “ciencia cerrada sobre este campo en su integridad”; son además “conceptualizaciones de carácter *genérico*” que “no dicen nada específico del derecho”, y “explicaciones cuya objetividad y verdad indiscutibles dejan sin embargo *infradeterminado* el plano de la racionalidad práctica” (p. 399). Vega afirma, sin embargo, que la dogmática jurídica no puede considerarse ni como una técnica ni como una tecnología, dado el “compromiso práctico” entre la dogmática y las normas y valores implicados en el derecho” y, como consecuencia de ello, la existencia de cierto *sometimiento* de la dogmática a la práctica jurídica. Pero me parece que lo que quiere decir en realidad es que la dogmática no puede considerarse *solo* como una técnica, sino que fundamentalmente es un tipo de praxis.

tesis, sino de otra completamente distinta a la que yo defendía. Ver sobre esto Hernández Marín, Rafael, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 466-473.

<sup>17</sup> Oviedo, Pentalfa, 2001.

<sup>18</sup> Vega, Jesús, “Las calificaciones del saber jurídico y la pretensión de racionalidad del derecho”, *Doxa*, núm. 32, 2009.

#### IV. EL PUNTO DE VISTA DE LOS DOGMÁTICOS

Los juristas, los dogmáticos del derecho, han vivido, por lo general, al margen de las anteriores discusiones, y no han dedicado mucho esfuerzo a reflexionar acerca de en qué consiste (cuál es el estatuto epistemológico de) su actividad. Una circunstancia desafortunada y que seguramente sea el *pendant* del desinterés de muchos filósofos del derecho por conocer a fondo el trabajo de los dogmáticos o, si se quiere, de su tendencia a mirar con cierto desdén la actividad de los dogmáticos. Esa falta de diálogo interprofesional (e interprofesoral), por lo demás, seguramente no se da en culturas jurídicas como la anglosajona en la que las disciplinas jurídicas no están organizadas, tal y como ocurre entre nosotros, como si fueran compartimentos estancos.

Sea como fuere, en el mundo latino, el modelo prevaleciente de dogmática —el modelo tradicional— parece caracterizarse por rasgos como los siguientes: está profundamente anclado en el formalismo jurídico como concepción del Derecho; tiende a aislar la dogmática del resto de los saberes sociales; es reacio a la incorporación de nuevos métodos procedentes de la lingüística, la economía, la lógica, etcétera; subraya la función descriptiva y sistemática de la dogmática y tiende a negar (o a ocultar) la de carácter práctico; presenta la dogmática como un saber neutral, estrictamente separado de la política y de la moral; se centra en el derecho formalmente válido y no en el derecho en acción; se desentiende de los valores sustantivos del derecho y privilegia ante todo el de la seguridad jurídica (los valores formales); propende al uso de argumentos basados en la autoridad y dirigidos a interpretar en forma preferentemente literal las normas, mientras que es reacio a la utilización de argumentos teleológicos o valorativos. Sin embargo, en los últimos tiempos parecen estar surgiendo en la cultura jurídica de estos países propuestas metodológicas<sup>19</sup> que ponen en cuestión todas o algunas de las anteriores características y que podrían situarse en torno a dos polos de atracción

<sup>19</sup> Estoy pensando en el libro colectivo editado por Courtis, Christian, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, que, además de mostrar cómo elaboran sus escritos los juristas dogmáticos y los estudiantes de posgrado en España y en Latinoamérica, se hacen una serie de sugerencias sobre cómo debería llevarse a cabo esa tarea y diversas consideraciones teóricas sobre la naturaleza y función del conocimiento jurídico y, en particular, de la dogmática jurídica.

que cabría configurar así. En el primero de ellos se aloja la dogmática entendida como una empresa técnica, que debe hacer el mayor uso posible del conocimiento científico (empírico y conceptual) disponible, para contribuir así a mejorar el funcionamiento del sistema jurídico en el momento de la aplicación, de la interpretación y de la producción del derecho; el trasfondo es una visión positiva sobre la capacidad del derecho —en particular, del derecho del Estado constitucional— para transformar la sociedad, y de ahí, también, la asunción de una actitud política —si se quiere, de política jurídica— reformista: la dogmática —reorientada en el sentido indicado— puede convertirse en una actividad valiosa y pragmáticamente útil. En el otro polo estaría una forma de encarar la investigación jurídica que pone el énfasis más bien en la crítica ideológica de los discursos sobre el derecho y del propio discurso jurídico; le subyace una visión escéptica sobre la capacidad del derecho para transformar la sociedad y cierta desconfianza hacia el “método científico”, hacia sus pretensiones de “objetividad” y de exclusión de otras racionalidades —además de la científica— igualmente legítimas —se dice—, y de ahí cierta propensión a la iconoclastia más bien que al reformismo: el énfasis se pone en la desmitificación de la dogmática, en mostrar su falta de sentido, su escasa o nula legitimidad y utilidad.<sup>20</sup>

Pues bien, esos diversos modelos guardan cierta correspondencia con tres reflexiones sobre la dogmática jurídica que se deben a otros tantos (prestigiosos) cultivadores de ese tipo de saber en la España de las últimas décadas. Pertenecen a disciplinas distintas (el derecho penal, el administrativo y el civil), entre el primero y el último hay más de 40 años de distancia (y algunos cambios jurídicos tan significativos como la Constitución del 78) y, desde luego, no pretenden ser reflejo de cómo se cultiva la dogmática en cada uno de esos campos. Pero me parece, como antes decía, que son, hasta cierto punto, representativos de las tres maneras de entender la dogmática antes apuntadas: los modelos tradicional, crítico y reformista.

El primero de ellos está hasta cierto punto representado por un influyente trabajo que Enrique Gimbernat publicó por primera vez en 1970: “¿Tiene un futuro la dogmática penal?”<sup>21</sup> Partía ahí de la situación de

<sup>20</sup> Véase M. Atienza, en el Prólogo a la obra citada en la nota anterior (pp. 10 y 11).

<sup>21</sup> El texto se ha publicado varias veces desde entonces (también en versión alemana). Las citas del mismo están referidas a Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios de derecho penal*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1990.

crisis que vivía entonces la ciencia del derecho penal en Alemania, como consecuencia de la puesta en cuestión, planteada por el desarrollo de las ciencias empíricas (la criminología) y del psicoanálisis, de la idea de culpabilidad. La situación podría expresarse, en su opinión, así: si no existe el libre albedrío, entonces deja de estar justificada la idea de culpabilidad y de pena, sin pena no hay derecho penal, y sin derecho penal no cabe naturalmente hablar tampoco de ciencia del derecho penal (entendida la expresión en su sentido tradicional, como dogmática penal). Y si a esas afirmaciones, a esas premisas, se le añadiera la de que no existe el libre albedrío, entonces la conclusión inevitable es que tampoco existirá (tendrá un futuro) la dogmática penal.

La estrategia que desarrolla Gimbernat para refutar ese argumento transcurre, cabría decir, a lo largo de dos pasos. El primero consiste fundamentalmente en negar una de las anteriores premisas, la segunda, pues, en su opinión, la existencia (justificada) del derecho penal no depende del principio de culpabilidad. Luego, en el segundo paso, una vez justificada la necesidad del derecho penal, Gimbernat defiende que necesitamos también de la dogmática jurídico penal para aumentar la seguridad en la aplicación del derecho penal, para saber con precisión cuáles son las conductas que están prohibidas y cuáles las que no lo están.

Gimbernat afirma también que la dogmática tiene la característica de ser “una ciencia neutral”, pues “lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias”, pero en realidad esa afirmación parece un tanto contradictoria con lo que él mismo sostiene sobre cuál tendría que ser la manera de actuar de un penalista:

En un país con una Constitución estatal fascista... el dogmático penal sólo puede interpretar las disposiciones sobre la seguridad del Estado en tanto en cuanto llegue a una solución restrictiva frente a la dominante en la jurisprudencia y negarse a publicar cualquier trabajo en el que —aunque la interpretación sea “dogmáticamente” correcta— amplíe el alcance de tales disposiciones en relación a la doctrina dominante en la praxis (p. 161).

Quizá podría decirse que esa (al menos aparente) contradicción es el resultado de asumir el modelo tradicional, formalista, de dogmática que subraya las funciones descriptivas y sistemáticas de la misma y tiende a ocultar las de carácter prescriptivo o normativo.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Es importante recordar aquí la obra de Carlos Nino que tanto insistió en el carácter centralmente normativo de la dogmática (sus estudios se centraron además



El modelo crítico es el que subyace a un trabajo de Alejandro Nieto publicado en 2003, en un libro conjunto con Agustín Gordillo.<sup>23</sup> Aunque Nieto prefiera hablar de “conocimiento jurídico”, parece claro que, en su trabajo, este término designa no cualquier tipo de saber jurídico, sino la dogmática jurídica, el “conocimiento teórico” que se imparte en nuestras universidades y “cuyo objeto primordial —señala críticamente— es enseñar a entender las normas, no a aplicarlas en la realidad” (p. 20). Ese conocimiento, por lo demás, no sería otra cosa que “una manifestación del conocimiento científico” (p. 17) y “se diversifica en variantes de caracteres muy distintos: el conocimiento conceptual, el sistemático, el interpretativo y el casuístico” (p. 20), todos los cuales están entrelazados en una “red operativa” (p. 35). Nieto es sumamente escéptico en relación con ese conocimiento jurídico, sobre todo porque entiende que está sometido a una serie de “limitaciones genéricas” que son tanto de naturaleza epistemológica como lógica, histórica y comunicativa.

No cabe entrar en detalles sobre cómo entiende Nieto esas limitaciones, pero merece la pena subrayar que la conciencia de las mismas le lleva a este autor a una actitud de tolerancia respecto a la pluralidad de opiniones existentes, al abandono de los “grandes relatos” (como los que ofrecen el iusnaturalismo y el iuspositivismo) y a la aceptación de aporías (p. 62). Todo lo cual —esa sería la “consideración final” de su trabajo— es compatible con el hecho de que el conocimiento jurídico sea “socialmente útil y aun necesario”. Lo es —añade—, porque se trata de un “saber funcional” para la consecución de determinados objetivos sociales que, sin embargo, no serían los mismos para todos: “Para unos la Justicia, para otros, la dominación del Poder, para otros, en fin, la convivencia pacífica forzosa de una comunidad integrada por miembros insolidarios titulares de intereses contrapuestos” (p. 63). Podría parecer “asombroso” —continúa— que para conseguir esos fines el conocimiento jurídico pueda prescindir de las anteriores limitaciones. Pero eso se debe a que “para conseguir sus objetivos el Derecho crea un juego de ficciones” (p. 63). De

particularmente en la dogmática penal) y en la importancia de analizar los diversos mecanismos utilizados por los juristas teóricos para disimular esa función. Véase Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, UNAM, 1974; *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979.

<sup>23</sup> Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003. La contribución de Nieto constituyó su lección jubilar en la Universidad Complutense de Madrid.

ahí la proximidad del conocimiento jurídico al conocimiento teológico y a la magia:

Los magos, los sacerdotes y los juristas poseen la asombrosa facultad de sacar a los seres humanos del modesto y cotidiano mundo de la naturaleza para trasladarlos a un mundo mágico donde viven los fantasmas de los conceptos jurídicos, que son el objeto del conocimiento jurídico. Con las fórmulas mágicas de la brujería legal los hechiceros de siempre hacen y deshacen las relaciones sociales, absuelven y condenan con razones que para los no iniciados resultan incomprensibles y salvan o humillan, según toque, a la Justicia (p. 66).

Y lo que habría que plantearle a Nieto (y, en general, a los autores “críticos”), claro está, es si la suya es realmente una salida aceptable para la dogmática o si, por el contrario, a lo que lleva su planteamiento es a no poder dar cuenta de cómo funciona de hecho la dogmática ni poder tampoco sugerir un modelo alternativo de dogmática.

Y, en fin, un ejemplo reciente de lo que he llamado el modelo reformista se encuentra en un trabajo reciente de Jesús Delgado, referido a la civilística española.<sup>24</sup> Delgado subraya que en el contexto del Estado constitucional de derecho la labor de los juristas resulta realizada y que el Derecho ha perdido su autonomía frente a la moral y la política, pero no en el sentido de que no conserve ninguna autonomía, sino en el de que ha dejado de ser acertado el *dictum* de Windscheid según el cual “la reflexión moral, política o de economía política no es propia del jurista en cuanto tal” (p. 50). En su opinión, el papel de la dogmática civil es imprescindible porque satisface una necesidad de conocimiento y de seguridad:

La sociedad, los ciudadanos particulares, necesitan tener a su disposición, elaborados por expertos, conocimientos fiables, simples y seguros sobre la existencia y alcance de normas que rigen los aspectos más generales de la vida; y los jueces, asimismo, interpretaciones y doctrinas contrastadas que les faciliten aplicar aquellas normas con rapidez, seguridad y consistencia (los casos iguales han de ser tratados como iguales) (p. 51).

Además, “[l]a dogmática del Derecho es una condición de posibilidad de la práctica social del Derecho en el Estado constitucional de Derecho, más

<sup>24</sup> Delgado Echeverría, Jesús y Rams Albesa, Joaquín, *Retos de la dogmática civil española*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011. El libro contiene un primer texto de Delgado (con el mismo título que el conjunto de la obra), un trabajo de Rams (comentario al anterior) y otra contribución de Delgado.

aún que en el Estado legislativo de Derecho”(p. 52), precisamente porque en el primero es más difícil lograr ese conocimiento y esa seguridad.

En la parte final de su trabajo, Delgado acepta la idea de Aarnio de que “el paradigma de la dogmática jurídica no ha cambiado ni es de esperar que cambie” y que la evolución de la dogmática “es debida a que se producen cambios en los elementos de la matriz disciplinaria” (p. 86). En particular, para identificar los cambios que se estarían produciendo en la “matriz disciplinaria” de la dogmática civil, tiene muy en cuenta una reciente discusión entre Aarnio y Laporta sobre la naturaleza de la dogmática, del saber jurídico tradicional. Efectuando una especie de síntesis de lo que sostienen esos dos autores (las diferencias entre ambos serían relativamente de matiz), Delgado entiende la dogmática como una “ciencia” cuyas características específicas serían estas: 1) su objetivo es satisfacer el interés de la sociedad por el conocimiento de las normas válidas que la rigen; 2) su punto de partida es el estudio de ciertas normas dadas;<sup>25</sup> 3) parte de la hipótesis de que los valores juegan un papel en la deliberación jurídica; 4) asume ciertos compromisos lingüístico-conceptuales para interpretar y sistematizar el material jurídico; 5) al igual que, también, ciertos compromisos sobre las fuentes jurídicas, y 6) adopta principios metodológicos que señalan cuáles son los argumentos aceptables en la deliberación jurídica (pp. 93-4).

De manera que, cabría concluir, la manera de ver la dogmática por parte de Delgado es prácticamente coincidente con la del modelo reformista, con la única diferencia que él no considera que sea una actividad técnica, sino científica. Pero, en todo caso, merece la pena subrayar que, para él, la “práctica del razonamiento moral, basado en principios y valores” (p. 118) es un elemento importante de la transformación que se está produciendo en la matriz del derecho civil.

## V. POR QUÉ UNA TECNO-PRAXIS

Vuelvo ahora a mi planteamiento inicial. Las anteriores opiniones de iusfilósofos y de cultivadores de la dogmática jurídica sobre la naturaleza de

<sup>25</sup> Dejo de lado la cuestión de si eso es o no compatible con el iusnaturalismo, dado que los civilistas españoles nunca se hayan considerado (ni ahora ni antes) “positivistas”. Para Delgado, “[c]larificar esa situación [el consenso casi unánime a propósito de que “el positivismo jurídico está superado”] es uno de los retos de la dogmática civil española” (p. 95). En la nota 9 se muestra la continuidad existente entre cierto iusnaturalismo y el positivismo ideológico basado en el Constitución.

esta disciplina (en parte coincidentes y en parte no con lo que yo sostenía) me llevan a considerar la necesidad de procurar unificar dos tesis que han surgido en varias ocasiones: 1) la dogmática no obedece al modelo de ninguna ciencia, en el sentido estricto de la expresión, sino que es una técnica social; 2) el derecho (y el pensamiento sobre el derecho) se inserta dentro de lo que tradicionalmente se ha llamado la razón práctica. La fusión de ambas es lo que permite presentar la dogmática jurídica como una tecnopraxis o como una praxis tecnificada.

Reconocer el carácter técnico de la jurisprudencia tiene, yo creo, efectos beneficiosos, porque ayuda a plantear mejor una serie de cuestiones, incluyendo la de cómo debe elaborarse ese saber. Tiene, por ello, también un componente crítico —al que ya antes me he referido— ligado sobre todo a la posible conversión de esa técnica (o de algunos aspectos de la misma) en una tecnología. Esa es también, me parece, la manera de dar respuesta a la necesidad de conectar la dogmática con la ciencia: no empuñándose en descubrir en la ciencia elementos dogmáticos (lo que tiene poco recorrido), sino más bien mostrando de qué manera la dogmática jurídica podría beneficiarse utilizando (más bien que generando) conocimiento científico.

Y el caso es que los dogmáticos tienen a su disposición una serie de saberes (algunos de ellos “científicos”, otros no), cuya explotación potenciaría enormemente su capacidad para resolver problemas prácticos. La economía (algunos elementos del análisis económico) es un ejemplo que seguramente nadie se atrevería a discutir hoy aunque, de todas formas, es importante ser consciente de la limitación que supone el uso de ese método, limitación que deriva de que la maximización de la riqueza no es el único objetivo que ha de perseguir un sistema jurídico; por eso, el análisis económico del derecho tiene sin duda un lugar de gran relevancia —pongamos por caso— en el derecho de daños, pero no (o, al menos, no con ese relieve), en muchas otras áreas como el Derecho penal o el derecho de familia. Pero también están a disposición del jurista dogmático, en relación —por ejemplo— con los problemas de prueba, algunas partes de la matemática, como la estadística y la teoría de la probabilidad. La criminología, para quien elabora la dogmática penal. Cada una de las ramas de la sociología concernientes a los diversos sectores del derecho, en relación con las diversas dogmáticas: civil, administrativa, laboral, etcétera. Y, en fin, disciplinas como la lógica y la lingüística, que tendrían que interesar a todos cuantos elaboran la dogmática, con independencia de cuál sea su campo temático, por razones que realmente son obvias: porque el derecho, en buena medida, es una práctica discursiva,

de manera que los problemas para los que los dogmáticos deben proveer una solución requieren un conocimiento adecuado del lenguaje. Y ese tipo de conocimiento, por cierto, podrían adquirirlo con cierta facilidad, simplemente dirigiendo la mirada un poco más allá de su propio gremio, hacia los iusfilósofos con formación analítica, cuyos despachos en muchos casos quizá sólo disten unos pocos metros de donde tienen los suyos los cultivadores de la dogmática... Si no fuera, claro está, porque cuando se dice que las áreas de conocimiento en las Facultades de Derecho de muchos países del mundo latino son compartimentos estancos no se está simplemente utilizando una metáfora: se está describiendo prácticamente un hecho físico. Pero parece obvio que los problemas de las “naturalezas jurídicas” que tanto han ocupado a los dogmáticos podrían recibir un tratamiento mucho más claro y productivo si el dogmático de turno se tomara la molestia, por poner un ejemplo, de leer con alguna atención el libro de Carrió *Notas sobre derecho y lenguaje* (escrito en 1965), o algún otro de los publicados sobre la materia en fechas posteriores. Que unos elementales conocimientos de lógica facilitan entender en qué consisten y cómo funcionan los conceptos de enlace a los que Ross llamó “tû-tû” y que cumplen un papel de cierta importancia en las construcciones dogmáticas; al igual que ayudarían inmensamente a la hora de resolver problemas de redacción de normas. Que comprender el carácter no monótono, o derrotable, del razonamiento jurídico (y de las normas) evitaría mucha falsa discusión en materia interpretativa. Etcétera.

Una consecuencia también no desdeñable de comprender (y asumir) el carácter técnico (con todas sus peculiaridades) de la dogmática es que permitiría, quizás, evitar algunos de los despropósitos en los que suelen incurrir “agencias de evaluación de la investigación” como la ANECA. La investigación dogmática no es (ni tiene que ser) una investigación científica, ni obedece tampoco al modelo de las tecnologías basadas en ciencias naturales, por lo que las exigencias de “internacionalización” de los conocimientos, la atención a los “índices de impacto”, etcétera, están, sencillamente, fuera de lugar. No quiere ello decir, por supuesto, que no haya criterios objetivos para evaluar un trabajo de dogmática jurídica, sino que esos criterios tienen que construirse teniendo en cuenta las peculiaridades de ese saber y de su institucionalización: por ejemplo, no puede desconocerse que, salvo excepciones, las elaboraciones dogmáticas suelen tener un marco nacional y que (en parte por lo anterior) no existe nada parecido a lo que son las “revistas científicas” en el campo de la biología, la física, etcétera, por lo que pretender determinar la calidad de un trabajo siguiendo los criterios que suelen aplicarse (con sentido) en estos

últimos campos (dicho de manera clara y breve: sin tomarse la molestia de leerlo) a lo que lleva (a lo que ha llevado), en realidad, es a fomentar la arbitrariedad hasta límites verdaderamente grotescos. Estoy seguro de que cualquier lector de estas páginas tendrá al respecto algún ejemplo expresivo que poner.

Calificar a la dogmática como una técnica social significa también tener que enfrentarse con algunos problemas interesantes, puesto que la noción de técnica incluye en su seno actividades muy variadas y habría por lo tanto que precisar cuál es el lugar que en ese universo ocupa la dogmática. Como antes veíamos, no es del todo una tecnología (ni tendría sentido procurar que lo fuera), sino que incluye también (necesariamente) elementos que, en mayor o menor medida, la aproximan (como Ruiz Miguel señalaba refiriéndose a Ortega y Gasset) a las más tradicionales técnicas artesanales y artísticas (recuérdese la tercera de las leyes de Ihering de la construcción jurídica, la de la belleza). Es, además (tratando con esto de contestar a una objeción de Jesús Vega), una técnica de segundo nivel; si se quiere, una técnica teórica y tiene que recurrir a conceptos notablemente abstractos puesto que, a diferencia de lo que ocurre con los abogados, los jueces o los legisladores, los dogmáticos se enfrentan con problemas generales, y tienen que construir, por lo tanto, soluciones generales para los mismos.

Para aclarar el tipo de saber técnico en que consiste la dogmática jurídica, puede ser interesante fijarse en sus semejanzas y diferencias con otras dos técnicas con las que a veces se le ha comparado: la medicina y la retórica.

La medicina es un ejemplo de técnica que esencialmente aplica conocimiento proveniente de las ciencias naturales y de la matemática (de las ciencias biológicas), aunque las ciencias sociales (la psicología, la sociología) jueguen también un papel de cierto relieve en algunos campos (por ejemplo, en la medicina clínica). Y en esto se diferencia, claro está, del derecho y de la jurisprudencia que pertenecen en exclusiva al mundo de lo social. Pero esa diferencia de planos no impide que entre el derecho y la medicina (y entre el saber dogmático y el saber médico) se puedan establecer muchas analogías fructíferas: entre el razonamiento dirigido a establecer un diagnóstico y el encaminado a la determinación de los hechos en el derecho; entre la medicina clínica y la epidemiología, por un lado, y la aplicación del derecho y la legislación, por el otro; entre lo que significa la enfermedad y la medicina, en el mundo natural, y el conflicto social y el derecho, en el social; etcétera. Pero hay también una diferencia fundamental y que consiste en que el fin, el valor, que preside el ejercicio

de la medicina está relativamente bien determinado (curar o prevenir enfermedades) y, en ese sentido, no es objeto de muchas discusiones; mientras que las cosas no ocurren así en el derecho. Si se quiere, podría decirse que, en relación con el derecho, existe también un acuerdo amplio en cuanto a que la finalidad última de los sistemas de derecho positivo es producir justicia. Pero, como es obvio, el acuerdo solo existe si el fin se entiende en términos muy abstractos (podría haber un consenso en relación con ciertos contenidos mínimos de justicia), mientras que, a la hora de concretar esos fines, con lo que nos encontramos es con desacuerdos que muchas veces pueden llegar a ser muy profundos. Y esos desacuerdos se trasladan también al campo de la dogmática: de ahí la contraposición clásica entre quienes conciben la jurisprudencia como una actividad encaminada esencialmente a lograr la seguridad jurídica (la aplicación cierta de las normas) y quienes ponen el acento más bien en la justicia material (en valores de tipo no puramente formal). La consecuencia de ello es que la medicina, en efecto, puede configurarse (aunque no exclusivamente, pero sí de manera fundamental) como una técnica orientada a descubrir los medios para lograr ese fin. Mientras que en el caso del derecho (de la aplicación y producción del derecho y de su elaboración dogmática a propósito de esas dos instancias fundamentales de la práctica jurídica), la deliberación respecto a los fines y a los valores juega un papel fundamental. Dicho de otra manera, en el derecho y en la dogmática jurídica no puede partirse de que los fines estén ya previamente dados y de ahí, en consecuencia, que el tipo de actividad requerido no pueda ser simplemente técnico, sino también *práctico*, en el sentido en el que suele hablarse de razón práctica. Esa es también la razón de que el derecho (en el sentido amplio de la expresión, que incluye el saber sobre el derecho) no pueda verse simplemente como una ingeniería social.

La comparación con la retórica (a veces se ha hablado de una jurisprudencia retórica o tópica) lleva también a una conclusión semejante. Aristóteles definió la retórica como una técnica (*Téchne rhetoriké* es el título original de su gran obra al respecto, que influyó decisivamente en toda la tradición posterior) dirigida a la persuasión. Para explicar lo que esto quiere decir ponía, entre otros, el ejemplo de la medicina (*Retórica* 1355b) y aclaraba que el buen rétor, como el buen médico, no es el que, de hecho, logra persuadir o curar, sino el que pone los medios adecuados para ello. De todas formas, entre el fin de la curación y el de la persuasión existe una diferencia interesante: curar es siempre (o, si se quiere, en casi todos los casos) un bien, pero persuadir no, puesto que se puede

usar la técnica retórica para persuadir de lo falso o de lo injusto.<sup>26</sup> Y de ahí que Aristóteles defendiera la necesidad de vincular esa técnica con la filosofía: con la ética y con la política. El saber sobre los medios tiene que ir acompañado de un saber sobre los fines. ¿Y no habría que decir lo mismo en relación con la dogmática jurídica? Parecería que sí. Las propuestas de solución dogmática para resolver un problema de aplicación o de producción del derecho no contienen únicamente elementos de carácter técnico: cómo lograr que una norma se interprete de manera que se incluya en la misma tal categoría de casos, o cómo hacer para producir una ley que evite incurrir en lagunas y contradicciones, que vaya a ser cumplida por los destinatarios, que produzca tales y cuales efectos, sino también ingredientes de naturaleza ético-política: qué justifica esa interpretación, qué valores se satisfacen al dictar una ley con tal y cual forma y contenido.

Esa relevancia del componente moral y político de la dogmática hace, naturalmente, que esta manera de entender el saber jurídico tradicional (como tecno-praxis) sea incompatible con una concepción positivista del derecho. Recientemente escribí un artículo en el que trataba de mostrar de qué manera la discusión que está teniendo lugar (en el campo de la filosofía del derecho) a propósito del constitucionalismo incide también en la manera de elaborar la dogmática penal. Y defendía un modelo de dogmática jurídico-penal que correspondiese (en el plano de la teoría general del derecho) con lo que hoy suele llamarse pospositivismo y que se diferencia tanto del positivismo clásico (el positivismo conceptualista o metodológico), como del nuevo positivismo defendido por un autor como Ferrajoli. En mi opinión, y contrariamente a lo sostenido por este último, los penalistas deberían suscribir estas tres tesis: 1) los conceptos básicos del derecho penal tienen una dimensión valorativa inescapable y su comprensión y manejo presuponen un objetivismo mínimo en materia moral; la filosofía moral y política, simplemente, forma parte de la dogmática penal; 2) en la construcción de esa dogmática se necesita partir de la distinción entre reglas y principios, o de alguna otra equivalente; ver el derecho penal exclusiva o preferentemente como un conjunto de reglas supone una manifiesta simplificación del fenómeno jurídico-penal que lleva, entre otras cosas, a una teoría desenfocada de la interpretación;<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Cabría decir que se puede también utilizar la técnica del médico para matar o causar dolor, pero entonces se diría que el que así actúa se estaría apartando del fin de esa actividad y, quizá, que al actuar de esta última forma ya no lo estaría haciendo como un médico.

<sup>27</sup> Es interesante señalar que en su influyente obra *Derecho general. Parte general*



3) la jurisdicción tiene necesariamente un carácter dinámico y, para justificar sus decisiones, al menos en los casos difíciles, los jueces necesitan —usan de hecho— instrumentos argumentativos que van más allá de la subsunción y de los cánones tradicionales de la interpretación jurídica; o sea, recurren, aunque sea limitadamente (a diferencia de lo que ocurre en relación con los legisladores) a procedimientos ponderativos.<sup>28</sup>

Últimamente, Dworkin ha defendido la tesis de que el derecho es una rama de la moralidad política y que los juristas —de manera destacada, los jueces, en particular los de los tribunales superiores— son algo así como filósofos políticos en acción. No es, en realidad, muy claro lo que quiere decir con esto último. Pues una cosa es que los jueces necesiten tener una formación filosófica (básicamente, en las diversas ramas de la filosofía práctica), lo que, en mi opinión, no ofrece dudas, y otra cosa es que deban y que puedan ser filósofos, en cuanto jueces, es decir, que deban comportarse —argumentar, decidir— como lo haría un filósofo, lo que no parece una idea fácil de aceptar.<sup>29</sup> Bueno, en realidad, él mismo aclara que los jueces (particularmente, cuando no se trata de jueces constitucionales) no podrían operar sin más como filósofos, dado que están constreñidos por el precedente, digamos, por la necesidad de respetar la autoridad. De manera que habría que concluir entonces que los jueces no pueden ser, sin más, filósofos; en sus argumentaciones, las razones filosóficas (sustantivas) tienen que conjugarse con las de naturaleza autoritativa (razones formales e institucionales).

En su última obra, *Justice for Hedgehogs*,<sup>30</sup> Dworkin propone un esquema unitario o integrado (en forma de árbol) que contrapone (para dar cuenta del derecho) al modelo dualista que había defendido en anteriores trabajos y que se basaba en la existencia de dos sistemas separados de normas: las morales y las jurídicas. Debe aclararse también que, en esta última obra, Dworkin, apartándose algo del uso convencional, entiende por “moral” los estándares que prescriben cómo debemos tratar a los otros, mientras que la “ética” se referiría a los estándares sobre cómo

(PPV, Barcelona) Santiago Mir pasó de definir el derecho penal como “un conjunto de normas” a hacerlo (a partir de la 8a. ed.) en términos de “un conjunto de normas, de principios y de valores”.

<sup>28</sup> Véase Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y derecho penal”, en Mir Puig, Santiago y Carcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), Hortal Ibarra, Juan Carlos (coord.), *Constitución y sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 38 y 39.

<sup>29</sup> Dworkin, Ronald, “Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?”, New York Council for the Humanities Scholar of the Tear Lecture (2000).

<sup>30</sup> Belknap, Harvard University Press, 2011.

debemos vivir (sobre qué es una vida buena). Pues bien, su imagen del árbol sugiere que la ética sería para él algo así como las raíces o el tronco que da lugar a la moral (sería una de las ramas) de la que, a su vez, surge (de una de las ramas de la moral: de la moralidad política) el derecho. No creo que sea una idea exactamente equivocada, pero me parece que refleja cierta exageración que podría corregirse si modificáramos un poco la imagen, precisamente para evitar situar al derecho (y al saber acerca del derecho) exclusivamente en el campo de la razón práctica. Según mi propuesta, la dogmática jurídica no sería exactamente una rama de la filosofía práctica, sino más bien un híbrido entre técnica (en el sentido amplio antes señalado) social y filosofía práctica. Y para ese híbrido es para lo que yo propongo el término de “tecno-praxis”.

En efecto, así como en los últimos tiempos se habla de tecno-ciencia para indicar la tendencia hacia la convergencia que (en diversos sectores) presentan la ciencia y la tecnología, cabría utilizar el término tecno-praxis para señalar la fusión entre el campo de la técnica y el del pensamiento y acción dirigidos a la vida moral y política de los hombres, que Aristóteles llamó “praxis”. La dogmática jurídica sería entonces una peculiar combinación de técnica social y de filosofía práctica (moral y política), un lugar de reunión de la razón instrumental y la razón práctica. La actividad dogmática debería estar presidida entonces por un tipo de racionalidad que incluyera no solo la deliberación sobre los medios adecuados para alcanzar ciertos fines, sino también la deliberación sobre esos fines y sobre los valores en que los mismos se sustentan. A mí me parece obvio que, en el contexto de los derechos del Estado constitucional, ese es el único camino viable que se le abre a la dogmática.

## CONSTITUCIÓN Y ESTADO EN EL CONTEXTO DE LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL Y DE LA GLOBALIZACIÓN

Francisco BALAGUER CALLEJÓN\*

SUMARIO: I. *La disociación de Estado y Constitución en un mundo globalizado.* II. *La integración supranacional como respuesta natural a la globalización.* III. *La Constitución en el contexto de la integración supranacional. El modelo europeo.* IV. *El “Estado” de la integración supranacional.* V. *La imposible reunificación de Constitución y Estado nacional. Hacia un derecho constitucional de la integración supranacional.*

### I. LA DISOCIACIÓN DE ESTADO Y CONSTITUCIÓN EN UN MUNDO GLOBALIZADO

La concepción del Estado constitucional por la que el poder político se ejerce en el marco de una democracia pluralista y dentro de los límites jurídicos establecidos por la Constitución, se fundamenta en la identidad entre el espacio público en el que se desarrolla el proceso de decisión política y el espacio en el que se aplican esas decisiones. La ciudadanía debate desde posiciones políticas que configuran distintas alternativas, formando mayorías gobernantes que están sometidas al control de la oposición. La alternancia en el poder se configura así como un elemento esencial de la democracia moderna<sup>1</sup> porque es la que hace posible la idea misma de democracia pluralista. Los límites constitucionales al poder de la mayoría impiden que se desnaturalice el pluralismo como principio constitucional estructural y dejan permanentemente abiertos los procesos políticos.

\* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

<sup>1</sup> En palabras de Jorge Carpizo, “*el principio de la alternancia del poder* es el cimiento sobre el cual se edifica toda la construcción de la democracia política”. Cf. “Desafíos contemporáneos del derecho constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1991, p. 272.

La continuidad entre Constitución y Estado, propia del Estado nacional, determina que el poder político se someta plenamente a la Constitución y que el Derecho constitucional pueda desarrollar sus funciones esenciales, orientadas a garantizar los derechos constitucionales y a hacer posible la convivencia pacífica en sociedad. Esas funciones son el control del poder y la articulación de los conflictos sociales. Se controla el poder del Estado y, al mismo tiempo, se establecen los mecanismos constitucionales para que el poder estatal responda a criterios democráticos, haciendo posible la negociación y el consenso entre los distintos grupos sociales.

Esa continuidad se ha roto en parte con el proceso de globalización. No todos los Estados nacionales tienen ya capacidad de decisión sobre todas sus políticas. En consecuencia, lo que se discute en el espacio público nacional no determina necesariamente las políticas estatales pues las decisiones se adoptan fuera del espacio público estatal. Se produce entonces una ruptura en la identidad que existía entre el espacio público en el que se adopta la decisión y el espacio público en el que se aplica la decisión. Decisiones que son adoptadas fuera del marco estatal se imponen por el Estado, de manera incondicional.

El desapoderamiento del poder estatal supone también que algunas de las cláusulas constitucionales que regulan ese poder resultan inaplicadas en la medida en que el Estado no puede adaptar sus políticas a esas cláusulas porque no dispone de capacidad real de decisión. Por otro lado, el control del poder desaparece ya que los poderes que deciden están fuera del espacio público nacional, con lo que la función constitucional de control del poder se relativiza. Al mismo tiempo, la función de articulación del conflicto social y de promoción del consenso de la Constitución queda en suspenso, porque la negociación política resulta inviable.

El gran problema de la globalización consiste en que no hay alternativa global a la desactivación de las funciones del derecho constitucional que se están produciendo en países especialmente afectados por la crisis financiera (como es el caso de algunos de la Zona Euro, en Europa). No hay posibilidad de un Estado mundial<sup>2</sup> ni de una Constitución global o de un derecho constitucional global, entre otras cosas porque la mayor parte de la población mundial está sometida a regímenes políticos no de-

<sup>2</sup> Como indica Jorge Carpizo, tal posibilidad de un Estado mundial no se contempla ni se le ven posibilidades en los tiempos que corren ni en un futuro cercano, por lo que el Estado nacional siguen siendo necesario. *Cf.*: “La globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención”, 2004, recogido ahora en *Algunas reflexiones constitucionales*, México, UNAM, 2007, pp. 154 y 158.

mocráticos y con Constituciones puramente semánticas. De lo más que podemos hablar es, como hace Peter Häberle, de un constitucionalismo global en la esfera específica del derecho internacional que está interactuando con el constitucionalismo parcial nacional.<sup>3</sup>

Sí es posible, por el contrario, un derecho constitucional supranacional que pueda regular espacios regionales con un cierto grado de homogeneidad, recuperando en ese nivel supranacional las funciones que el derecho constitucional realizaba en el interior del Estado nacional. No es un proceso fácil porque, como nos enseña la experiencia europea (hasta ahora, el modelo de integración supranacional más desarrollado, con gran diferencia sobre los demás) la integración se ha construido inicialmente al margen del derecho constitucional, lo que explica gran parte de los problemas actuales de una Europa que tendrá que evolucionar hacia fórmulas más constitucionales y democráticas en un futuro inmediato.

## II. LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL COMO RESPUESTA NATURAL A LA GLOBALIZACIÓN

La integración supranacional es una respuesta natural a la globalización. Los Estados nacionales de tamaño medio o pequeño necesitan agruparse para hacer frente a este proceso y no pueden limitarse a concertar acciones y desarrollar líneas de cooperación ya que el poder político estatal cada vez tiene menos peso en la adopción de decisiones tanto en el plano interno como en el internacional. Ya no son solo las compañías multinacionales las que condicionan las políticas estatales —como hace cuarenta o cin-

<sup>3</sup> *Cf.*: Häberle, Peter, “Universaler Konstitutionalismus aus nationalen und völkerrechtlichen Teilverfassungen-sieben Thesen”, versión española de Francisco Balaguer Callejón, en prensa actualmente en la *Revista Direito Público*, Brasilia, 2013. El autor aplica en este trabajo su conocida teoría sobre las Constituciones parciales (que se ha desarrollado hasta ahora en el ámbito del derecho constitucional Europeo) a la relación entre el derecho internacional y el derecho constitucional en el contexto de la globalización. El derecho constitucional nacional es, actualmente, una parte de la realidad constitucional interna, siendo la otra parte el derecho Internacional de naturaleza constitucional. Ambos elementos parciales mantienen una relación de interacción recíproca que da lugar a nuevos desarrollos constitucionales en el ámbito interno y en el internacional, de manera que la frontera entre esos dos ámbitos ya no es una línea de rígida separación sino más bien un puente que conecta las temáticas y los agentes que actúan en ambos espacios. Podemos hablar, por tanto, de un constitucionalismo universal aunque todavía no de una Constitución global ni de un Estado mundial.

cuenta años— sino que son también los grandes especuladores financieros los que deciden, con su poder económico, la orientación de esas políticas en el plano interno.

Es comprensible, por tanto, que los procesos de integración supranacional se vean impulsados como consecuencia de la necesidad de ganar tamaño económico para poder responder a las presiones de esos agentes globales. Teniendo en cuenta la manera en que se está configurando el nuevo orden mundial, serán muy pocos los Estados que puedan sustraerse en el futuro a esta necesidad de integración supranacional.<sup>4</sup> La mayor parte de los Estados, incluso los que tienen una dimensión territorial importante, no van a tener un potencial económico lo suficientemente grande como para actuar como agentes relevantes en la adopción de decisiones a nivel mundial.

Es cierto que no se puede prever el desarrollo futuro de este proceso, pero sí se puede señalar una línea constante y progresiva de aumento de la riqueza en los países emergentes, que están reduciendo cada vez más las diferencias con los países económicamente más desarrollados. De hecho, la crisis económica actual ha potenciado la reducción de las diferencias<sup>5</sup> hasta el punto de que cada año cambian las previsiones respecto del tiempo que necesitarán las potencias emergentes para ocupar las primeras posiciones en el liderazgo mundial.

En efecto, un ejemplo de esta aceleración del proceso lo tenemos en las previsiones realizadas respecto a la alteración de la posición de los países emergentes en el contexto de la economía mundial. Especialmente significativo resulta el caso de China, que ha pasado en cuatro años de ser la cuarta potencia mundial a la segunda, superando a Alemania (en 2007) y a Japón (en 2010). En solo cinco años las previsiones acerca del momento en que China podría superar a Estados Unidos como primera

<sup>4</sup> *Cfr.* mi trabajo “Federalismo e integração supranacional. As funções do Direito constitucional nos processos de integração supranacional no contexto da globalização”, en Barbosa Ramos, Paulo Roberto (org.), *Constituição e federalismo no mundo globalizado*, São Luís, EDUFMA, 2011, pp. 24-47; *cfr.* igualmente la Lección 1 “El derecho constitucional de la integración supranacional”, en Balaguer Callejón, Francisco (coord.), *Introducción al derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2013, pp. 27 y ss.

<sup>5</sup> Así, en el Informe “The World in 2050. The Accelerating Shift of Global Economic Power: Challenges and Opportunities” de PricewaterhouseCoopers de enero de 2011, se indica que la crisis financiera global ha acelerado el cambio en la posición de poder económico global en favor de las economías emergentes. *Cfr.* “The World in 2050”, p. 3, en <http://www.pwc.com/gx/en/world-2050/the-accelerating-shift-of-global-economic-power:jhtml>.

potencia mundial se han rebajado en más de treinta años. En 2006 se había previsto que sería en torno a 2050, en 2008 se rebajó la fecha al año 2025.<sup>6</sup> Las previsiones más recientes indican que lo hará antes de 2020 si tenemos en cuenta el PIB en términos de paridad de poder adquisitivo (PPA).<sup>7</sup> Lo mismo puede decirse del conjunto de los siete principales países emergentes (E7<sup>8</sup>), que superarán al conjunto de los países del G7<sup>9</sup> para el año 2020 si tenemos en cuenta el PIB en términos de PPA. Por su parte, Estados Unidos no solo cederá el primer puesto mundial a China sino que para 2050 o bien cederá el segundo a la India o estará muy cerca de hacerlo dependiendo de los criterios de medida que utilicemos.<sup>10</sup>

Hay que tener en cuenta, además, que China no solo superará a Estados Unidos como potencia económica sino que puede llegar a tener un volumen económico superior en un 57% al de Estados Unidos para 2050.<sup>11</sup> Esto significa que el liderazgo de China será muy relevante si consideramos no solo los aspectos económicos sino también los demográficos y territoriales. El centro de gravedad del mundo seguramente girará hacia la región asiática, desplazándose de la órbita euroamericana. Desde el punto de vista constitucional, esta transformación puede tener una incidencia notable en la medida en que existe una comunidad esencial de valores entre el constitucionalismo europeo y el americano, valores que están completamente ausentes en China, donde no existe un régimen constitucional y democrático.

<sup>6</sup> Así, de acuerdo con el informe PWC de marzo de 2006, en 2050, la economía China representaría en torno al 95% del tamaño de la estadounidense si se medía el PIB a precios de mercado y la superaría en un 40% si se medía en términos de PPA. Cfr. el Informe “The World in 2050. How big will the major emerging market economies get and how can the OECD compete?” de PricewaterhouseCoopers, de marzo de 2006, p. 4 en: <http://www.pwc.com/gx/en/world-2050/pdf/world2050emergingeconomies.pdf>. Tan solo dos años después, en el Informe de PricewaterhouseCoopers de marzo de 2008 “The World in 2050. Beyond the BRICs: A broader look at emerging market growth prospects” se adelantaba ya al año 2025 la previsión de que China superaría a Estados Unidos teniendo en cuenta el PIB medido en términos de PPA, cfr. p. 2 en: [http://www.pwc.com/gx/en/world-2050/pdf/world\\_2050\\_brics.pdf](http://www.pwc.com/gx/en/world-2050/pdf/world_2050_brics.pdf).

<sup>7</sup> Cfr. el Informe “The World in 2050...”, *cit.*, p. 3, 9 y ss.

<sup>8</sup> Los países del E7 son: China, India, Brasil, Rusia, Indonesia, México y Turquía.

<sup>9</sup> Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y Canadá.

<sup>10</sup> Cfr. el Informe “The World in 2050...”, *cit.*, p. 3, 8 y 13.

<sup>11</sup> Un 37% si medimos el PIB en términos de precios de mercado y no de PPA. Cfr. el Informe “The World in 2050...”, *cit.* p. 19.

Por otro lado, las posiciones de los países en la escala que ordena su potencia económica no son el único dato relevante. También son importantes las diferencias en el peso económico de cada uno de ellos. Por ejemplo, las tres primeras potencias de 2050 (China, India y Estados Unidos) pasarán a suponer el 50% en lugar del 40% del PIB nominal mundial, que representan actualmente. El siguiente país por dimensión de su PIB será Brasil, pero la cuarta economía mundial solo tendrá un 25% del PIB de la tercera (Estados Unidos) que, a su vez, tendrá una relevancia económica muy inferior a la de China. Habrá, por tanto, un abismo entre el potencial económico (y demográfico) de China, India y Estados Unidos y el resto de los Estados del mundo, sea cual sea su posición nominal en la escala económica global.<sup>12</sup>

Para Europa esto significará una pérdida total de relevancia en el contexto mundial si el proceso de integración supranacional no se intensifica, ya que solo una Europa unida podría adquirir una dimensión económica equiparable a las que tendrán cada una de las tres grandes potencias: China, India y Estados Unidos.<sup>13</sup> La situación será realmente complicada. Baste pensar que la primera potencia europea (y, hasta hace poco, tercera potencia mundial) será la octava o novena a nivel mundial, después de las anteriormente señaladas y de otras como Rusia, México o Indonesia. Incluso Turquía, a la que actualmente se le niega el ingreso en la Unión Europea, tendrá una economía similar, desde el punto de vista del PIB (cuestión distinta será la renta per cápita) a la de Alemania, Reino Unido o Francia y superará a Italia en dimensión económica.<sup>14</sup>

Es previsible, por tanto, que se intensifique el proceso de integración supranacional en Europa como también lo es que se desarrollen nuevos procesos de integración en otras regiones o que se amplíen y se refuercen los actualmente existentes. Los países que no se integren en estructuras regionales más amplias van a tener dificultades en la lucha por los recursos naturales, especialmente por los recursos energéticos, y en la defensa de sus espacios económicos frente a los grandes bloques mundiales y los especuladores financieros. Esto puede suponer, para los países europeos

<sup>12</sup> Cfr. el Informe “The World in 2050...”, *cit.*, pp. 9, 13 y 18, en: <http://www.pwc.com/gx/en/world-2050/the-accelerating-shift-of-global-economic-power.jhtml>.

<sup>13</sup> Según indica el Informe mencionado en la nota anterior, p. 18: “The EU economy might be of broadly comparable scale to these Big 3 economies in 2050, but only if it acts as a single entity, which will always be challenging for a union of 27 member states. Individual EU member states will inevitably be much smaller than any of the Big 3 by 2050”.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 13 y 18.



que no quieran avanzar en integración política, un deterioro de su situación económica y una mayor dificultad para la redistribución de los recursos y para la realización de políticas sociales. La integración europea, por tanto, no solo es necesaria sino que se tendrá que intensificar mediante un nuevo modelo —un modelo constitucional, de carácter federal, hay que decirlo claramente— si se quieren afrontar en condiciones aceptables los retos que plantea el proceso de globalización.

### III. LA CONSTITUCIÓN EN EL CONTEXTO DE LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL. EL MODELO EUROPEO

El motivo fundamental por el que integración y derecho constitucional han seguido caminos en parte divergentes —al menos hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y, con él, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del contenido sustancial del Proyecto de Tratado Constitucional— ha sido la funcionalidad que para los Estados europeos ha tenido un proceso de integración que les permitía decidir conjuntamente en Europa sin someterse a los controles constitucionales establecidos por la Constitución nacional.<sup>15</sup>

En efecto, las decisiones políticas adoptadas en Europa no se podían someter a control político interno en cuanto al resultado, por tratarse de competencias europeas. Pero tampoco existía —ni existe todavía— un espacio público europeo desarrollado que hiciera posible un control equivalente en el ámbito europeo al que se realiza en el nacional. El resultado ha sido la desactivación de una de las funciones históricas del derecho constitucional en el nivel europeo: el control, por medio de instrumentos constitucionales, del poder político.

También se ha desactivado otra función esencial del derecho constitucional: la articulación del conflicto social y la generación de consenso político.<sup>16</sup> En realidad, el conflicto social sufre una transformación esencial

<sup>15</sup> *Cfr.* mi trabajo “Le Corti Costituzionali e il processo di integrazione europea” versión italiana de Angelo Schillaci, en varios autores, *Annuario 2006- La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Jovene, Napoli 2010, pp. 257-308.

<sup>16</sup> Esto supone, como indica Carlos de Cabo, la destrucción de “un elemento definitorio de la Constitución: la dialéctica de la Constitución, es decir, su capacidad para albergar el conflicto”. Una auténtica constitucionalización de Europa, por el contrario, además de generar una “reconstitucionalización de los Estados”,

cuando los intereses sociales pasan al nivel europeo porque la mediación estatal sobre las cuestiones europeas hace que desaparezca el conflicto entre mayoría y oposición que es consustancial a cualquier sociedad democrática moderna. En materia europea el conflicto social se convierte en conflicto nacional frente a Europa<sup>17</sup> y, de ese modo, exige una unidad ficticia que impide la contraposición de intereses y el pluralismo. Ante Europa, el gobierno de turno, sea del partido que sea, enarbola la pancarta de los intereses nacionales, de manera que no deja lugar para la expresión de alternativas como las que se manifiestan en el proceso democrático interno.

De ese modo, los gobiernos nacionales han conseguido algo que no es propio de los sistemas democráticos: ejercer poder sin responsabilidad. Al mismo tiempo y, en coherencia con esa capacidad adquirida, esos gobiernos exigen a su ciudadanía un respaldo incondicional de las políticas europeas, consideradas políticas de interés nacional, que deben estar por encima de cualquier discusión. En definitiva, el conflicto político no se resuelve ya por medios democráticos, como antes de la integración supranacional, sino que se transforma en conflicto nacional frente a Europa, con lo que desaparece en el plano interno.

Es evidente que esta forma de entender el proceso de integración, que ha sido la que lo ha inspirado hasta ahora, no es europeísta en un sentido profundo, porque conduce a atribuir a Europa todos los aspectos negativos de las políticas públicas, de tal manera que, cada vez que hay que programar acciones impopulares, la responsabilidad de los gobiernos na-

supondría que “se trasladaría al ámbito europeo lo que ha sido característica de la Constitución y del sistema constitucional: comprender la totalidad social, lo que supone la capacidad para integrar en la Constitución Europea lo que se ha venido llamando «dialéctica de la Constitución»: la capacidad de la Constitución para albergar el conflicto y, en su caso, admitir la posibilidad de nuevas formas de «Pacto», de reformulación de un nuevo Contrato social, que la crisis actual parece demandar, que fue en su momento, como se dijo al principio, básico para sentar las bases de la construcción europea que debe incluirse en las «tradiciones constitucionales» de Europa y que se mantiene en las todavía vigentes constituciones del Estado social”, C. de Cabo Martín, “Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, enero-junio de 2009, pp. 31 y 47, en: <http://www.ugr.es/~redce/>.

<sup>17</sup> Cfr. mi trabajo “Diritto e giustizia nell’ordinamento costituzionale europeo”, versión italiana de Angelo Schillaci en *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, a cura di Antonio Cantaro, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, pp. 31-49. Versión en castellano en: *ReDCE*, núm. 16, julio-diciembre de 2011, en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/07FBalaguer.htm>.

cionales se hace descansar sobre las instituciones europeas. De ese modo, se dificulta la formación de una identidad europea por cuanto la relación con Europa se manifiesta a través de una tensión que termina reforzando siempre a la identidad nacional y debilitando la europea.

Esta conformación genética del proceso de integración ha agravado sus deficiencias como consecuencia de la reciente crisis económica porque ha trasladado el déficit democrático del nivel europeo a los sistemas constitucionales internos de algunos Estados miembros. En efecto, Estados como España, Italia, Portugal o Grecia se ven sometidos actualmente a una presión económica que ha convertido prácticamente en inexistente el valor pluralismo en el que se basaban sus sistemas constitucionales, debilitando la normatividad de la Constitución e impidiendo cualquier alternativa democrática a las políticas económicas que vienen impuestas por los Estados con mejor situación económica de la zona Euro.<sup>18</sup>

De ese modo, la imagen de Europa se está descomponiendo en la mayor parte de los Estados miembros porque la ordenación democrática basada en la contraposición entre mayoría y oposición que es propia de la cultura constitucional europea ya no está ausente solo en el espacio europeo sino también en los nacionales. Como si se tratara de una enfermedad contagiosa, el déficit democrático europeo se ha extendido al plano nacional, determinando el fin de las alternativas políticas y estableciendo un sistema perverso de imposición de políticas económicas que no se ajusta a las competencias de la Unión Europea ni se realiza por los procedimientos establecidos en los tratados, sino por medios informales y a través de la presión de autoridades europeas de segundo nivel.

Esta situación no se deriva de la crisis, sino de la ausencia de estructuras constitucionales y de democracia pluralista auténtica en Europa que, de existir, habrían permitido que las opciones de política económica fueran decididas por la ciudadanía europea en su conjunto sobre la base del

<sup>18</sup> *Cfr.* mi trabajo “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del derecho constitucional nacional”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, Coimbra, 2012. También mi trabajo “Crisi economica e crisi costituzionale in Europa”, publicado en *Cos-tituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, a cura de Biagio Andò y Fausto Vecchio, CEDAM, Padova, 2012 y en la revista *KorEuropa*, núm. 1/2012, disponible en: <http://www.unikore.it/index.php/indici/numero-1>. Igualmente, mi trabajo “Crisis économique et crise constitutionnelle en Europe”, *Constitutions*, abril-junio de 2013 y, finalmente, “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, mayo-agosto de 2013, así como “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, enero-junio de 2013.

pluralismo en lugar de por dirigentes de determinados países que imponen unilateralmente sus posiciones políticas a toda Europa. El resultado es que una gran parte de la ciudadanía europea no se siente identificada con políticas que no ha decidido y que le vienen impuestas desde fuera, debilitando aún más el espíritu europeo y poniendo en peligro el proceso de integración europea.

#### IV. EL “ESTADO” DE LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL

Frente a la afirmación tan extendida de que la Unión Europea no es, ni será “nunca” un Estado, habría que comenzar por reconocer que la Unión Europea si bien no es “un” Estado, es ya “Estado”. En efecto, la Unión Europea tiene claros rasgos de estatalidad que se derivan de la asunción de funciones estatales que ha asumido y que desarrolla con normalidad sobre el territorio europeo. La Unión Europea tiene un ámbito territorial sin fronteras interiores o con fronteras externas (aunque no extendido a todos los Estados miembros), ejerce un poder político que se manifiesta a través del principio de primacía, y tiene una moneda propia, el euro (también en una zona mayoritaria, no en la totalidad de la Unión).<sup>19</sup>

¿Hasta qué punto puede seguir diciéndose con propiedad que la Unión Europea no será nunca “Estado” si la realidad nos manifiesta que hay rasgos evidentes de “estatalidad” que no son sino el reflejo del reparto de poder político inherente al proceso de integración supranacional y del desarrollo creciente de este proceso?

No es esa, sin embargo, como es sabido, la percepción extendida en la doctrina y en los círculos políticos. De hecho, el Tratado de Lisboa evidenció en su momento la persistencia del fuerte rechazo de algunos Estados miembros y de algunos sectores de opinión a la caracterización formal del proceso de constitucionalización de la Unión Europea (ya que este proceso ha seguido su curso desde el punto de vista material) a través de la terminología específica del derecho constitucional, por miedo al carácter performativo de cualidad estatal que se le atribuye al derecho constitucional.

<sup>19</sup> *Cfr.*, sobre estas cuestiones, mi trabajo “El Tratado de Lisboa en el Diván. Una reflexión sobre constitucionalidad, estatalidad y Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, mayo-agosto de 2008.

De ese modo, el miedo al derecho constitucional se ha presentado expresamente bajo la forma del repudio a cualquier término que pudiera rememorar en las normas fundamentales europeas a una organización estatal. La atribución al derecho constitucional de un potencial performativo de “estatalidad” la habíamos experimentado también en España en el plano interno con la polémica sobre las últimas reformas estatutarias.<sup>20</sup> Es evidente, sin embargo, que derecho constitucional y Estado no son términos equivalentes. Entre otros motivos, porque hay muchos Estados que desconocen el derecho constitucional (aunque se hayan dotado de normas que se definen expresamente como “Constitución”) mientras que hay ámbitos de poder político sometidos plenamente al derecho constitucional y que no conforman un “Estado” en el sentido clásico de este término. La disociación entre estatalidad y constitucionalidad es, en todo caso, una constante en el contexto de la globalización y de la integración supranacional.

En realidad, lo que la Unión Europea tiene ya de “Estado” lo tiene a pesar de que esa estatalidad no ha ido unida siempre a la configuración de un espacio político democrático, de técnicas eficaces de control del poder y garantías de los derechos fundamentales y, por tanto, de derecho constitucional. La auténtica paradoja de la Unión Europea es que la incorporación de derecho constitucional no le va a aportar más “estatalidad” sino que, manteniendo la que ya tiene, va a dotar a esa estatalidad de un carácter democrático del que hoy carece en medida equiparable a los sistemas democráticos de los Estados miembros. Los símbolos constitucionales no hacen a la Unión Europea más “Estado” de lo que ya es. Por el contrario, contribuyen a desarrollar el espacio constitucional europeo y a hacer posible el control del poder político europeo. Lo hacen “Estado” más democrático.

De hecho, se puede afirmar que existe una continuidad básica y una coherencia fundamental entre el poder público estatalizado que ejerce la Unión Europea y el poder público estatal de los Estados miembros. Esa continuidad no se da, sin embargo entre los elementos democráticos conformadores de los Estados miembros y los que conforman la Unión Europea. Mientras los Estados siguen siendo los agentes esenciales de la

<sup>20</sup> *Cfr.* al respecto, mis trabajos “Lo Stato autonomico spagnolo: la stagione delle riforme”, en *I cantieri del federalismo in Europa*, a cura di Antonio D’Atena, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 333-393, y “La Riforma dello Statuto di autonomia dell’Andalusia nel contesto della pluralità di spazi costituzionali di ambito europeo”, *Regionalismi e Statuti. Le riforme in Spagna e Italia*, a cura di Silvio Gambino, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 137-170.

Unión Europea y ejercitan un mismo poder político en el plano interno (directamente) y en el europeo (indirectamente), la ciudadanía solo está presente en plenitud en el ámbito interno de cada uno de los espacios públicos de los Estados miembros. La *continuidad de los Estados* y la *discontinuidad de la ciudadanía* ha sido un rasgo característico y permanente de la Unión Europea durante sus primeros cincuenta años y ha resultado, hasta ahora, funcional a los Estados. Esa quiebra fundamental no puede resolverse más que a través del Derecho constitucional.

La otra cara de la moneda de la creciente estatalidad de la Unión Europea es la reducción de la cualidad estatal de los Estados miembros. Las transferencias de poder estatal a la Unión Europea provocan que los Estados miembros (en mayor o menor medida) estén perdiendo rasgos específicos de su estatalidad. Un Estado que ha asumido las limitaciones de poder político propias de los Estados miembros de la Unión Europea no puede seguir entendiéndose como si fuera el Estado nacional de finales del XIX y parte del XX.

Sin embargo, resulta sorprendente que la comparación entre el emergente nivel constitucional europeo y el nivel estatal se realice siempre sobre la base de un desfase histórico entre la Unión Europea del siglo XXI y el Estado nacional del siglo XIX, que se utiliza como instrumento de comparación. Los Estados miembros de la Unión Europea no tienen mucho que ver ya con ese modelo de Estado y esa es una razón de peso por la cual no se puede seguir utilizando como instrumento de medida un modelo estatal que ya no está vigente en el seno de la Unión Europea.

En efecto, como es evidente, los Estados miembros de la Unión Europea ya no son “Estado” en el sentido que lo era el Estado nacional del siglo XIX (al menos los Estados que componen el núcleo avanzado del proceso de integración europea): no tienen ya una moneda propia, que es uno de los elementos esenciales de la “estatalidad”. Tampoco tienen (no lo tienen en la misma medida que hace algunos años) un territorio con fronteras definidas que oponer frente a los otros Estados europeos que comparten el Espacio Schengen. Del mismo modo, su población está integrada en parte por ciudadanos europeos que tienen reconocido el derecho de sufragio en determinados procesos electorales. Los elementos clásicos de la estatalidad: pueblo, territorio y poder político, no están presentes en los Estados miembros de la Unión Europea al modo en que lo estaban antes del proceso de integración.

De ahí que la comparación que se realiza para proclamar que la Unión Europea nunca será un Estado, tomando como referencia a los Estados nacionales, se base en un doble desenfoque. Ni el Estado que se utiliza

de parámetro de “estatalidad” tiene las cualidades estatales que se le atribuyen, porque las ha perdido en gran medida debido al proceso de integración europea, ni la Unión Europea es tan ajena a la estatalidad por el hecho de no constituir formalmente “un” Estado.

#### V. LA IMPOSIBLE REUNIFICACIÓN DE CONSTITUCIÓN Y ESTADO NACIONAL. HACIA UN DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL

La configuración de la estatalidad de la Unión Europea y de los Estados miembros no presenta solo una vertiente formal. No depende sólo del poder político que se ejerce sobre un territorio, de la moneda, del principio de primacía o de otras condiciones similares. Por el contrario, refleja también la vertiente específica del grado de formación de un espacio público y de una comunidad política propia que está estrechamente relacionada con la construcción de una identidad europea. Es justamente en este punto donde la estatalidad de los Estados miembros presenta desarrollos todavía inalcanzables para la Unión Europea.

Es precisamente la debilidad del espacio público europeo y el carácter incipiente de Europa como comunidad política y de la estructura democrática europea desde el punto de vista de la democracia pluralista lo que dificulta, en mayor medida, el desarrollo de la estatalidad europea. Son también esos rasgos los que legitiman la centralidad del Estado. Si los Estados europeos que —como es el caso de España— experimentan simultáneamente procesos de descentralización política y de integración supranacional, siguen ocupando todavía un lugar central en el amplio escenario de los sistemas jurídicos y políticos, ello se debe a que el Estado sigue siendo el centro de poder mejor articulado y en el que se da una mayor coherencia entre la vertiente institucional, jurídica y competencial y la vertiente política integrada por los espacios públicos nacionales.

Esta coherencia entre las distintas vertientes que articulan la relación entre la ciudadanía y el Estado es la que otorga mayor legitimidad democrática al espacio público estatal. Es en ese espacio donde se siguen dirimiendo las controversias políticas más intensas y donde se siguen desarrollando los debates políticos que conforman una comunidad política integrada. Es comprensible, por tanto, que el Estado continúe siendo el centro de imputación de los espacios democráticos de decisión, el depositario de una identidad colectiva mayoritaria y el ámbito de la conformación de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

La centralidad del Estado tiene, sin embargo, algo de artificial en su dimensión sobredimensionada. El espacio público estatal ya no se corresponde con las competencias que el Estado puede ejercitar, teniendo en cuenta las transferencias que se han realizado al nivel supranacional e infraestatal. Los debates públicos en el espacio estatal no siempre se ajustan al campo de acción posible del Estado. Por ese motivo, a veces se le exige al Estado más de lo que puede dar. La otra cara de esa sobredimensión de la centralidad del Estado es que el espacio europeo carece de la calidad democrática del estatal, como consecuencia de la falta de equivalencia entre las amplias competencias que se ejercitan a nivel europeo y el limitado espacio público de debate y decisión de ese nivel.

En los últimos años, la crisis económica ha dejado a algunos Estados de la zona Euro con un margen mínimo de decisión por lo que se refiere a la formulación de sus políticas internas. Las decisiones vienen impuestas desde fuera y eso supone que la Constitución ha quedado prácticamente en suspenso, en *stand by*, por lo que se refiere a elementos esenciales de su estructura: desde el pluralismo político hasta los derechos sociales, pasando por la descentralización territorial (en los Estados con pluralismo territorial). La normatividad de la Constitución se resiente y se evidencia la dificultad para restablecer la reunificación de Constitución y Estado a nivel nacional.

Es necesario pensar, por tanto, en una limitación de las ambiciones constitucionales de regulación del orden estatal nacional por cuanto esa ordenación ya no podrá aspirar a la totalidad sino que tendrá que reducirse al ámbito propio de un orden estatal que, necesariamente, deberá integrarse en un proyecto progresivamente constitucional de integración supranacional.

Para la comprensión de la relación específica entre estatalidad y constitucionalidad en el ámbito supranacional, nos pueden ser de gran utilidad las premisas metodológicas aportadas por P. Häberle<sup>21</sup> en relación con el proceso de integración europea. En efecto, para percibir la continuidad esencial entre estatalidad y constitucionalidad estatal y europea tenemos que partir de la relación dialéctica del espacio europeo con los

<sup>21</sup> Häberle, P., “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *EuGRZ*, 1991, versión española de Emilio Mikunda, “Derecho constitucional común europeo”, *REP*, núm. 79, 1993. Cfr. igualmente, Häberle, Peter, “Die europäische Verfassungsstaatlichkeit”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft 3/1995, versión española de Francisco Balaguer Callejón, “El Estado constitucional europeo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2, enero-junio de 2000.



otros espacios constitucionales, con los espacios constitucionales de los Estados. De ese modo, el problema se aborda con un estatuto metodológico diferente que rompe la artificial división entre derecho europeo y derecho estatal que se ha asentado en la doctrina. Una división que maximaliza el principio de autonomía del derecho europeo y que ha hecho posible desvincular el debate sobre la Constitución europea del debate sobre la Constitución estatal. Debatimos sobre Europa como una realidad diferenciada y aparentemente ajena a nuestros espacios constitucionales.

Sin embargo, lo cierto es que, debatir sobre la Constitución europea es, en realidad, debatir sobre una parte de nuestro derecho constitucional. Puesto que la materia constitucional previamente residenciada en el Estado es ahora parcialmente europea y parcialmente estatal, el debate sobre la Constitución europea, es un debate sobre nuestro propio derecho constitucional como españoles, italianos, franceses, portugueses o alemanes. En la medida en que no sea percibido de esta forma, el propio debate se aleja de la ciudadanía y contribuye a dificultar la construcción de una identidad constitucional europea.

La reflexión sobre Constitución y Estado en la Unión Europea debe romper las líneas divisorias que artificialmente hemos establecido entre estatalidad y constitucionalidad atribuidas exclusivamente a los Estados miembros, por un lado, y europeidad atribuida exclusivamente a la Unión Europea. Debe partir de reconocer que la Unión Europea está dotada de estatalidad y constitucionalidad (aun en diferente proporción a los Estados miembros) y que la europeidad no es una condición atribuible solo a la Unión Europea sino también a los Estados. En el debate constitucional europeo todos los términos deben ser puestos en juego sin excluir formulaciones que nos permitan conectar dialécticamente los distintos espacios que se han representado tradicionalmente como cerrados e incommunicables.

En última instancia, la construcción de un modelo constitucional de integración supranacional en Europa es del mayor interés, si tenemos en cuenta que —como se ha intentado argumentar aquí— la integración supranacional es una respuesta natural a la globalización que tendrá que desarrollarse más pronto que tarde en otras regiones del mundo. Es necesario, por tanto, construir un derecho constitucional de la integración supranacional, que supere el estrecho modelo nacional y que se abra a los nuevos fenómenos que se están produciendo y que generan una nueva relación entre estatalidad y constitucionalidad.



## EL SISTEMA ELECTORAL DEL FEDERALISMO MEXICANO DE AYER Y HOY

Daniel A. BARCELÓ ROJAS\*

SUMARIO: I. *Teoría del federalismo: los estados como circunscripción básica del sistema electoral del Estado federal.* II. *El sistema electoral del federalismo como fiel de la balanza de las relaciones entre el gobierno nacional y los gobiernos de los estados.* III. *El sistema electoral del federalismo mexicano al día de hoy.* IV. *Proposiciones de reconstrucción en clave federal del sistema electoral mexicano.*

### I. TEORÍA DEL FEDERALISMO: LOS ESTADOS COMO CIRCUNSCRIPCIÓN BÁSICA DEL SISTEMA ELECTORAL DEL ESTADO FEDERAL

Como se apunta en *El Federalista*, la teoría federal establece a los estados como circunscripción básica del sistema electoral para elegir al gobierno Nacional.<sup>1</sup> Este entendimiento se siguió fielmente en las Constituciones federales mexicanas de 1824 y 1857. La de 1917 varió solo en cuanto a la elección del presidente de la República que dejó de tener como circunscripción electoral a los estados para configurar el sistema de elección popular directa del presidente que sustituyó al sistema indirecto de electores presidenciales por estados establecido en la Constitución de 1857.<sup>2</sup>

El sistema electoral configura el proceso según el cual el ciudadano determina con su voto el candidato o partido político de su preferencia, y

\* Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana; maestro en Política y Gobierno en América Latina por la Universidad de Essex; doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Es investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Por gobierno nacional entendemos en este trabajo a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial federales.

<sup>2</sup> García Orozco, Antonio, *Legislación electoral mexicana 1812-1977*, México, Gaceta Informativa de la Comisión Federal Electoral, 1978, p. 240.

cómo esos votos se convierten en cargos de elección popular en el Poder Legislativo y determinan la titularidad del Poder Ejecutivo en el sistema presidencial. Los sistemas electorales regulan ese proceso mediante el establecimiento de la geografía electoral, de la forma de las candidaturas, de los procesos de votación, y de los métodos de conversión de votos en cargos públicos. Dichos elementos pueden ser combinados de distintas maneras según la intención política de los constructores del sistema electoral para producir ciertos efectos en el sistema de gobernación —aunque otros elementos no manipulables entran también inevitablemente en la ecuación—.<sup>3</sup>

Como advierte Dieter Nohlen, el efecto de los sistemas electorales en un determinado sistema de gobierno sigue siendo materia de discusión hasta el día de hoy. Pero nadie cuestiona que con esta premisa en mente, como hijos de *La Ilustración* que eran, los primeros ingenieros constitucionales de América del Norte forjaron el sistema electoral del Estado Federal arraigado fuertemente en los estados como unidad básica de su geografía electoral, tanto en los Estados Unidos de América<sup>4</sup> como en México.<sup>5</sup>

En el caso de nuestro país cabe decir que el arreglo electoral territorializado de un Estado de tan considerable escala territorial no era un asunto de mera especulación teórica, como lo había sido en 1787 para los federalistas estadounidenses. Los más influyentes constructores de la República federal mexicana deliberaban en el proceso constituyente desde su propia experiencia electoral,<sup>6</sup> pues el método de elección de las Cortes de Cádiz —de la que algunos formaron parte había sido groseramente manipulado para subrepresentar a los españoles de América y evitar con ello que los americanos terminaran gobernando la Metrópoli por vía de la representación política —como lo denunciaron los representantes de América, particularmente los novohispanos, entre los cuales destacó el representante de la provincia de Coahuila y Texas, Miguel Ramos Arizpe<sup>7</sup> que sería también diputado en el Congreso Constitu-

<sup>3</sup> Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 34.

<sup>4</sup> Hampsher-Monk, Iain, “Publius: The Federalist”, *A History of Modern Political Thought. Major Political Thinkers from Hobbes to Marx*, Cambridge, Blackwell, 1995, pp. 197-260.

<sup>5</sup> Torre Villar, Ernesto de la, “El constitucionalismo mexicano y su origen”, en varios autores, *El Decreto Constitucional de Apatzingán*, México, UNAM, 1964, pp. 167 y ss.

<sup>6</sup> Benson, Nettie Lee, *The Provincial Deputation in Mexico. Harbinger of Provincial Autonomy, Independence, and Federalism*, Austin, Texas University Press, 1992, pp. 9-129.

<sup>7</sup> Garza, David T., “Mexican Constitutional Expression in the Cortes of Cadiz”,

yente que forjó en 1824 la primera Constitución Federal de la República Mexicana—.

Así pues, al configurar el sistema electoral los ingenieros constitucionales del federalismo mexicano —siguiendo el modelo federal norteamericano— pretendían que contribuyese al sistema de gobernación federal que combina el *principio del autogobierno* de las entidades federativas con el *principio del gobierno compartido* de todas ellas a través de un gobierno nacional. Pero además de producir gobierno, la división territorial del poder del federalismo mexicano —influido por la teoría política estadounidense—, obedecía a un *arquetipo de doble control del poder*: la división de poderes y el federalismo.<sup>8</sup> Por tanto el sistema concebido para controlar el poder político en forma vertical o territorial entre el gobierno de la nación y los gobiernos de los estados también tenía que ser considerado en el diseño del sistema electoral, sobre todo para garantizar la rigidez de la Constitución para proteger eficazmente el ámbito de autogobierno de los estados.

Con ello en mente, el Constituyente mexicano de 1824 va a configurar un sistema electoral que se diferencia del Estado políticamente centralizado como el de Francia —que era el prototipo de esta última forma de gobierno—, por dos objetivos que debe satisfacer. El primero y más obvio es desde luego que en el Estado federal se tiene que construir un sistema electoral dual: uno para elegir a las autoridades nacionales, y otro sistema electoral paralelo para elegir a las autoridades de cada uno de los estados, para que gobiernen en sus respectivos ámbitos de competencia.

El segundo objeto del sistema electoral del Estado federal, que es el campo de análisis de este trabajo, es que éste debe habilitar técnicamente la elección del gobierno nacional, pero con dos intenciones políticas explícitas: La primera es garantizar la adecuada representación de los estados como entidades políticas, para permitir que éstas puedan promover y defender sus intereses en los recintos oficiales del poder de la capital de la República federal donde se toman y ejecutan las decisiones que afectan a todos los gobernados. La segunda intención del sistema electoral es garantizar que las autoridades federales no invadan la autonomía de los estados, por un mero ejercicio de autocontención, al ejercer cotidiana-

en Nettie Lee Benson (ed.), *Mexico and the Spanish Cortes 1808-1822: Eight Essays*, Austin, University of Texas, 1966, pp. 43-58.

<sup>8</sup> Loewenstein, Karl, *Political Power and the Governmental Process*. Chicago, The University of Chicago Press, 1957, pp. 123 y ss.; véase también Fisher, Louis, *American Constitutional Law. Separated Powers and Federalism*, 6a. ed, Durham, Carolina Academic Press, 2005, vol. I, pp. 305-392.

namente el poder público delegado expresamente en una lista tasada de competencias federales.

Para lograr estos dos últimos propósitos el sistema electoral del federalismo mexicano configurado en la Constitución de 1824, cuya intencionalidad se repite en la Constitución de 1857 y en la de 1917 en su versión original, va a introducir incentivos de sensibilidad territorial sobre los ciudadanos que pretendan acceder y mantener un cargo de elección federal, mediante dos dispositivos técnicos: 1) tomar a los estados como circunscripción geográfica básica para elegir a las autoridades nacionales, y 2) establecer la reelección como mecanismo de control político de los ciudadanos de los estados sobre las autoridades nacionales.

La inspiración para ello la encontraron los constructores de la República federal mexicana en los ensayos X, XXXIX y XLV de *El Federalista*. Herbert Weschler al glosar los citados ensayos explica que los constituyentes de Filadelfia incluyeron un conjunto de medidas para evitar que el potente gobierno nacional que estaban por crear terminara por cubrir el espacio público reservado a los estados, y transformara por esta vía el Estado federal en Estado centralizado. Entre tales medidas concibieron el sistema de lista tasada de materias de competencia federal. Pero con la garantía política de que el gobierno nacional respetaría tal marco de competencias enumeradas estableciendo un sistema electoral atado a los intereses de los estados que en esencia consistía en lo siguiente: los integrantes del gobierno nacional se elegirían desde los estados.

Los miembros del Congreso y el presidente serían electos por los ciudadanos de los diferentes estados, quienes —si advertían un sesgo imprudentemente centralizador por parte de dichas autoridades nacionales, contrario a los intereses de los estados— debían reaccionar mediante su voto en la siguiente cita electoral. A su vez los ministros del más alto tribunal de la federación serían electos por el presidente de la República federal norteamericana con el consentimiento de los representantes de los estados en el gobierno nacional, los senadores.<sup>9</sup>

Como dijimos en líneas precedentes, el sistema electoral mexicano se configuró en el aspecto de la integración de la sensibilidad territorial de las autoridades federales electas bajo la influencia del modelo estadounidense. El Acta Constitutiva de la Federación de 1824 creó formalmente la circunscripción electoral básica del primer federalismo mexicano, los

<sup>9</sup> Weschler, Herbert, “The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government”, *Columbia Law Review*, núm. 54, 1954, pp. 349 y ss.

estados.<sup>10</sup> Mas es de destacar como antes adelantamos, que el propósito de garantizar institucionalmente la lealtad a los estados por parte de las autoridades federales a través del sistema electoral fue especialmente ponderada por los ingenieros constitucionales de nuestra primera República federal, ya que el incentivo de sensibilidad territorial introducido en el sistema electoral mexicano fue muy potente —superando incluso al estadounidense—. Ello mediante la exigencia de rigurosos requisitos de elegibilidad de residencia y aún de nacimiento a los candidatos a cargos de elección popular federales —concretamente a los diputados federales— en las Constituciones y leyes estatales que en este punto concreto desarrollarían a la Constitución Federal que disponía (artículo 8o.) “La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos en su totalidad cada dos años, por los ciudadanos de los Estados”.<sup>11</sup>

En *Los derechos políticos de los mexicanos* Héctor Fix Fierro comenta:

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 estipula, en su artículo 9o., que las “cualidades de los electores se prescribirán constitucionalmente por las legislaturas de los estados, a las que también corresponde reglamentar las elecciones conforme a los principios que se establecen en esta Constitución”. Los artículos 19 y siguientes de la misma Constitución regulan los requisitos para la elección de diputados y senadores (sufragio pasivo). Los “no nacidos en territorio de la Nación Mexicana” podían ser electos diputados o senadores cumpliendo ocho años de vecindad... Como ejemplo de reglamentación local de las “cualidades de los electores” que dispone la Constitución Federal de 1824 podemos mencionar a la Constitución del Estado de México de 1827, la que consideraba como ciudadanos a los nacidos en el estado, a los naturalizados en cualquier parte de la República y que fueran vecinos, así como a los que obtuvieran carta de ciudadanía del Congreso estatal (artículo 18).<sup>12</sup>

La hipersensibilidad territorial del primer Constituyente federal mexicano se explica como reacción a la experiencia colonial en la Nueva España donde los funcionarios designados a dedo por la Corona para gobernar sobre sus súbditos americanos, eran de origen peninsular. Luis Villoro señala que:

<sup>10</sup> García Salinas, Francisco, “Reflexiones sobre el Acta Constitutiva”, en Moreno, Daniel (ed.), *El pensamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 1979, pp. 81-87.

<sup>11</sup> Barragán Barragán, José, *Introducción al federalismo. La formación de los poderes*. México, UNAM, 1978, pp. 113-217.

<sup>12</sup> Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, México, UNAM, 2006, pp. 6 y 7.

La gran mayoría de los puestos administrativos y militares importantes y aun en la carrera eclesiástica eran asignados a inmigrantes de la Península. En 1808, por ejemplo, se encontraban ocupados por europeos los siguientes: el virrey y todos sus dependientes, el mayordomo y sus familiares, su secretario, prosecretario y oficial mayor, el regente de la Real Audiencia, la gran mayoría de los oidores y alcaldes de corte, los tres fiscales, todos los intendentes menos uno, el director de Minería, el director de la alcabalas, y todos los alcaldes ordinarios. En el ejército, el capitán general, todos los mariscales de campo, brigadieres, comandantes, coroneles y gran parte de los capitales y oficiales.<sup>13</sup>

El científico alemán Alejandro Von Humboldt, que viajó por la Nueva España entre 1803 y 1804, pocos meses antes de que iniciara la lucha por la independencia nacional frente al imperio español y naciera el constitucionalismo mexicano, describe:

Divídense en blancos nacidos en Europa y en descendientes de europeos nacidos en las colonias españolas de América o en las islas asiáticas. A los primeros se les da el nombre de chapetones o de gachupines, a los segundos, el de criollos... Las leyes españolas conceden unos mismos derechos a todos los blancos; pero los encargados de la ejecución de las leyes buscan todos los medios de destruir una igualdad que ofende el orgullo europeo. El gobierno, desconfiado de los criollos, da los empleos importantes exclusivamente a naturales de la España antigua, y aun, de unos años a esta parte, se disponía en Madrid de los empleos más pequeños en la administración de aduanas o del tabaco. En una época en que todo concurría a aflojar los resortes del Estado, hizo la venalidad espantosos progresos: las más de las veces no era una política suspicaz y desconfiada, sino el mero interés pecuniario el que distribuía todos los empleos entre los europeos... El más miserable europeo, sin educación y sin cultivo de su entendimiento, se cree superior a los blancos nacidos en el Nuevo Continente; y sabe que con la protección de sus compatriotas, y en una de tantas casualidades como ocurren en parajes donde se adquiere la fortuna tan rápidamente como se destruye, puede llegar algún día a puestos cuyo acceso está casi cerrado a lo nacidos en el país, por más que éstos se distinguen en saber y en calidades morales.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Villoro, Luis, "La Revolución de Independencia", en *Historia General de México*, México, El Colegio de México, 2000; p. 492.

<sup>14</sup> Humboldt, Alejandro, *Ensayo político sobre el Reino de la Nueva España*, 7a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 278.



Con tal experiencia histórica, el federalismo y el sistema para elegir a las autoridades nacionales anclado en los estados como garantía institucionalizada de lealtad territorial, se asumió con particular convicción por el Constituyente mexicano de 1824. Antecedentes de las mencionadas garantías territoriales del sistema electoral del federalismo se encuentran ya en el artículo 5o. de *Los Sentimientos de la Nación* dictados por José María Morelos y Pavón que dice: “La Soberanía dimana inmediatamente del Pueblo, el que sólo quiere depositarla en sus representantes dividiendo los poderes de ella en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, eligiendo las provincias sus vocales, y éstos a los demás, que deben ser sujetos sabios y de probidad”, y en el artículo 48 de la Constitución de Apatzingán de 1814 que dispone: “El supremo congreso se compondrá de diputados elegidos uno por cada provincia, e iguales todos en autoridad”.

*De la forma de elección del Gobierno Nacional en la Constitución Federal de 1824.* La estructura del gobierno nacional establecido en la Constitución Federal de 1824 se integraba con un Congreso de la Unión compuesto por dos cámaras —la de diputados y la de senadores—, un presidente de la República, y la Suprema Corte de Justicia de la Nación como cúspide del Poder Judicial de la Federación.

Los diputados federales se elegían por distritos electorales en cada estado —distritos electorales cuyo número se determinaba según la población de cada estado; el método para elegirles era indirecto—. Los senadores eran electos por las Legislaturas estatales —dos por estado— con independencia del peso poblacional de cada estado federado. El presidente de la República federal se elegía por el voto de las legislaturas de los estados federados. Los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación eran electos igualmente por las legislaturas de los estados.<sup>15</sup> Como es de observarse, el estado era la circunscripción electoral básica del sistema electoral del federalismo mexicano en la Constitución de 1824 para elegir al gobierno nacional. Tal consideración técnica del sistema electoral y su teoría subyacente serían repetidas en las Constituciones federales que le sucedieron en 1857 y 1917. En estas últimas se introdujeron variaciones en el sistema electoral, pero los dos dispositivos técnicos esenciales para el federalismo antes apuntados permanecieron constantes: 1) tomar a los estados como circunscripción básica para elegir a las autoridades

<sup>15</sup> Gamas Torruco, José, “Notas sobre el sistema presidencial mexicano”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho, tomo XI Justicia, Federalismo y Derecho Constitucional* (edición salvadoreña). México, UNAM, 2009, pp. 475-479.

nacionales, y 2) establecer la reelección como mecanismo de control político de los ciudadanos de los estados para garantizar la sensibilidad federalista de las autoridades nacionales.

*De la forma de elección del gobierno nacional en la Constitución Federal de 1857.* En la Constitución Federal de 1857 el gobierno nacional se integraba con una sola Cámara —la de Diputados— que se elegía por distritos electorales determinados para cada estado de la República según el número de población de cada entidad federativa. El presidente de la República Federal se elegía mediante el sistema de voto indirecto, por electores electos popularmente por los ciudadanos de los estados quienes a su vez, reunidos en la capital de cada estado, depositaban su voto para elegir al presidente de la República; de dicho cómputo se encargaba el Congreso de la Unión. Los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se elegían popularmente mediante el indicado método indirecto, que funcionaba teniendo como circunscripción electoral a los estados. Cuando el Senado se restablece en el año de 1874 como componente del gobierno nacional por reforma a la Constitución Federal de 1857, los dos senadores de cada estado se elegían popularmente por el citado método indirecto, tomando también como circunscripción los estados de la República. La posibilidad de reelegir a los legisladores de ambas cámaras del Congreso de la Unión y al presidente se mantuvo como control político de los ciudadanos de los estados sobre sus autoridades nacionales.

*De la forma de elección del gobierno nacional en la Constitución Federal de 1917.* En la Constitución de 1917 en su versión original, el gobierno nacional se integraba con un Congreso de la Unión compuesto por dos Cámaras —la de Diputados y la de Senadores— electos por el voto directo del pueblo. Los miembros de la Cámara de Diputados se elegían por el principio de mayoría en los distritos electorales de los diferentes estados —distritos electorales cuyo número se determinaba por el peso poblacional de cada estado de la República—. En cuanto al Senado sus integrantes se elegían popularmente también de forma directa: dos miembros por cada estado por el principio de mayoría, con independencia del peso poblacional de los estados federados. El presidente de la República se elegía por el voto directo del pueblo por el principio de mayoría, tomando el territorio de toda la República como circunscripción electoral única. Los ministros de la Corte eran designados por el presidente de la República con el consentimiento de los senadores.

La teoría subyacente en la Constitución federal de 1917 se mantenía fiel al esquema concebido en el primer federalismo en torno a la sensibilidad territorial del gobierno nacional en lo concerniente a la elección

de los miembros del Congreso de la Unión, así como a un método territorializado de designación de los ministros del más alto tribunal de la federación en tanto que éstos serían investidos con el consentimiento de los senadores de los estados. La intención era mantener la salud del sistema compuesto de gobernación, para lo cual también se mantuvo la posibilidad de reelegir a los miembros del Congreso de la Unión. Sin embargo el sistema electoral del federalismo mexicano sí varió con respecto a la elección del jefe de gobierno de la Nación, por intención manifiesta del primer jefe de la Revolución Venustiano Carranza de acrecer y centralizar el poder del presidente de la República. En ello Carranza siguió las disquisiciones del constitucionalista Emilio Rabasa, a quien se debe la paternidad del modelo presidencialista del proyecto de Constitución que Venustiano Carranza presenta a la consideración del Poder Constituyente de 1916-1917.<sup>16</sup>

En suma: el sistema electoral de la República federal mexicana tal y como se concibió por el Constituyente en 1917 introdujo los incentivos ya comentados para que los congresistas nacionales respondieran a los intereses de sus respectivos territorios: el primero de ellos fue la definición de la geografía electoral para elegir a todas las autoridades legislativas nacionales, tomando siempre como base a los estados; el segundo incentivo para mantener la sensibilidad territorial de los congresistas fue el mecanismo de la reelección en periodos predeterminados en los que el pueblo renovarí­a o retiraría la confianza depositada en sus representantes populares considerando su lealtad territorial. La designación de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mantuvo igualmente su vinculación federalista: para llegar a ser ministros los candidatos debían acreditar con su biografía ante la Cámara de representación territorial que eran genuinos federalistas, para que —de ser investidos como ministros del más alto tribunal de la Federación— garantizaran que se conducirían con lealtad al pacto federal en el ejercicio de su potestad de interpretación constitucional. El sesgo centralizador del sistema electoral de la Constitución de 1917 solo provenía de la forma de elegir al presidente de la República como jefe de gobierno.

<sup>16</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, México, Porrúa, 2008, pp. 745-803 y 812. También Gamas Torruco, “Notas sobre el sistema presidencial mexicano”, *cit.*, pp. 480 y ss.

## II. EL SISTEMA ELECTORAL DEL FEDERALISMO COMO FIEL DE LA BALANZA DE LAS RELACIONES ENTRE EL GOBIERNO NACIONAL Y LOS GOBIERNOS DE LOS ESTADOS

La concepción teórica de los ingenieros de Filadelfia para garantizar en el tiempo la sensibilidad territorial del gobierno nacional acogida y reforzada por los constituyentes mexicanos, sigue siendo válida al día de hoy —aun cuando tal proposición teórica haya sido pasada por alto por el Poder Revisor de la Constitución mexicana en las últimas décadas—.

Un problema de nuestros días nos puede ayudar a comprender con facilidad la afirmación precedente que es fiel al planteamiento teórico de *El Federalista*, aplicable punto por punto para el caso de la República federal mexicana del siglo XXI: de acuerdo a nuestra Constitución —como lo es también en la estadounidense—, la materia fiscal es concurrente entre la federación y los estados con la única salvedad de los impuestos sobre importaciones. La federación y los estados tienen derecho a captar ingresos para lo cual tienen la potestad de establecer impuestos sobre las personas físicas y morales por diversos conceptos entre los cuales destaca las actividades económicas generadoras de riqueza. Pero la Constitución federal mexicana, como su par estadounidense, no determina qué porcentaje de ingresos debe captar la federación y qué tanto los estados de, por ejemplo, el Impuesto sobre la Renta a las personas físicas o del Impuesto al Valor Agregado: ¿acaso el 10% del primer gravamen debe cobrar la Federación y 20% los estados? ¿o 15% y 15%? ¿o 15% y 25%? ¿cuál es el porcentaje óptimo de distribución que cada gobierno debe cobrarle a las personas físicas de Impuesto sobre la Renta? La Constitución federal no lo determina.

La Constitución tampoco dice qué porcentaje de ese dinero captado debe gastar la federación y cuánto los poderes de los estados: ¿acaso lo óptimo es que la federación gaste un 20% y los estados un 80%, o acaso la proporción adecuada es la inversa? ¿Un 60% y un 40%? ¿Un 50% y 50%? La realidad es que no existe una proporción óptima que pueda servir de una vez y para siempre para definir el porcentaje que debe gastar la federación y cada uno de los estados.<sup>17</sup> El porcentaje varía en el tiempo

<sup>17</sup> Sobre la forma de distribución de recursos fiscales en el federalismo mexicano, véase Serna de la Garza, José María, *El sistema federal mexicano*, México, UNAM, 2008, pp. 185-261.

porque con él varían las necesidades públicas y la forma para darles un tratamiento más eficaz y eficiente.

Pero entonces ¿quién debe definir en la República federal la mejor aproximación al óptimo en cada periodo histórico sobre materia fiscal tanto del lado del ingreso como del gasto —y la distribución territorial del gasto—? ¿Y de educación —que también es materia concurrente— qué debe atender el gobierno nacional y qué los gobiernos de los estados? ¿O de planeación urbana, y en general de todas las materias concurrentes señaladas en la Constitución Federal principalmente en el artículo 73? ¿Acaso la Suprema Corte de Justicia de la Nación como señalan algunos constitucionalistas que le atribuyen la encomienda de erigirse en el “intérprete supremo de la Constitución”?

La respuesta es un rotundo “no” de acuerdo al diseño explicado en *El Federalista* que adaptaron nuestros muy ilustrados constituyentes de 1824, 1857 y 1917. La Constitución federal ciertamente no determina el campo que debe cubrir el gobierno nacional en el tratamiento legislativo o administrativo de las materias concurrentes y el que le corresponde a los gobiernos de los estados, pero en cambio sí establece un complejo mecanismo por proceso político para determinar el segmento federal y el estatal para cada materia concurrente mediante la participación del Congreso de la Unión y el presidente.

De acuerdo al diseño de ingeniería constitucional del federalismo estadounidense<sup>18</sup> y mexicano quienes debían —y deben— calibrar el fiel de la balanza en las relaciones federales para desplazar hacia el centro o hacia la periferia cada una de las competencias concurrentes, serían las Cámaras del Congreso de la Unión en conjunción con el presidente; no la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>19</sup> Como se ha señalado en el apartado anterior, la confianza que se depositaba en este mecanismo para ajustar el equilibrio que a la República Federal y a sus estados miembros más conviniera, reposaba en el diseño electoral por medio del cual desde los estados se elegirían las autoridades del gobierno nacional encargadas de tomar las decisiones para todos —el Congreso y el presidente—.

<sup>18</sup> Choper, Jesse H., *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980, pp. 171-259.

<sup>19</sup> La imposible tarea del trazo de la línea divisoria en materias concurrentes que se les presenta a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al tratar de definir mediante el proceso judicial una cuestión que la Constitución Federal le encomienda al proceso político, se refleja muy bien en la controversia constitucional 71/2009, particularmente en la intervención del ministro Salvador Aguirre Anguiano. Véase versión estenográfica del Pleno del 3 de mayo de 2012.

La necesidad del sistema electoral del federalismo anclado a los estados como unidades de su geografía electoral resulta imprescindible para desempeñar otras funciones además de calibrar el fiel de la balanza en las materias concurrentes. En total hemos podido identificar once situaciones previstas en la Constitución federal mexicana en las cuales la sensibilidad territorial de las autoridades nacionales es indispensable para mantener el equilibrio en las relaciones entre el gobierno nacional y los gobiernos de los estados.

Primero. Los congresistas federales deben mantener la soberanía de los estados respetando el ámbito irreductible de competencias locales al ceñirse al ejercicio únicamente de la lista de competencias limitadas del gobierno nacional. Los congresistas federales son parte del poder revisor de la Constitución, por lo que al modificar el texto constitucional por virtud del cual pueden decidir otorgar más competencias al gobierno nacional, deben hacerlo considerando que no pueden cruzar un punto en el cual vacíen de competencias a los gobiernos de los estados.

Además, al momento de proponer la adopción de nuevas adiciones o reformas a la Constitución, los congresistas federales deben mantener la potencia de los gobiernos de los estados como controladores verticales del poder. El federalismo obedece también a un diseño de control vertical del poder. Bajo este entendido se considera que es una garantía para el sistema de control político que el gobierno nacional —como sujeto controlado que es— no pueda por sí solo anular la capacidad de control de los estados mediante la erosión progresiva o abrupta de las competencias reservadas de éstos, y de su potestad fiscal.<sup>20</sup>

Segundo. Los congresistas federales son intérpretes de la Constitución federal.<sup>21</sup> Por esta vía los congresistas pueden ampliar o reducir la autonomía de los estados. Algunas cláusulas constitucionales sobre derechos humanos y relaciones (horizontales o) verticales o territoriales solo pueden ser interpretadas por los poderes políticos de los gobiernos de la nación y de los estados, sin intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —por ejemplo en el procedimiento de suspensión de derechos fundamentales del artículo 29—. <sup>22</sup>

<sup>20</sup> Diamond, Martin, “The Federalist on Federalism: «Neither a National Nor a Federal Constitution»; en la compilación de los estudios de Martin Diamond editados por William A. Schambra, *As Far as Republican Principles Will Admit*, Washington, The AEI Press, 1992, pp. 167-178.

<sup>21</sup> Whittington, Keith, *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, pp. 1-19.

<sup>22</sup> Inspirado en una elaboración teórica de Ulises Schmill, el ministro de la Su-

Tercero. Los congresistas federales —con el presidente— elaboran y aprueban las “leyes generales” o “leyes de bases” de la República, mediante las cuales se delimita el segmento federal y el segmento local de una norma de la Federación que regula una competencia concurrente. La Constitución atribuye a los legisladores federales la potestad de trazar la línea divisoria a partir de la cual inicia, literalmente, en cada materia concurrente concreta, la autonomía de los estados.

La competencia de la Legislatura federal de definir los ámbitos estatales de competencia legislativa en materias concurrentes trae aparejada necesariamente la potestad implícita de supervisar y evaluar el desempeño de las leyes generales por sus resultados, y en consecuencia, determinar los medios de rectificación que sean conformes a la Constitución y a la separación vertical o territorial de poderes. Las materias concurrentes que deben ser objeto de leyes generales están expresamente limitadas y señaladas en la Constitución.

Cuarto. Los congresistas federales con el presidente aprueban leyes federales que inciden en asuntos de alta carga moral que en los diferentes estados han podido encontrar interpretaciones contrarias. Esto es especialmente claro con respecto a la legislación federal en materia civil que penetra con gran profundidad en la vida de personas (físicas y morales) y familias.

Los estados tienen su propia legislación civil como competencia reservada, pero cuando surgen conflictos entre personas de diferentes estados puede aplicarse supletoriamente la legislación civil federal en caso de que las partes de común acuerdo no se sujeten a la jurisdicción de uno u otro estado. En un escenario como el descrito —que no es infrecuente— la legislación civil federal puede definir cuestiones tan sensibles como la unión civil entre personas del mismo sexo, la adopción de menores por parejas homosexuales, intestados de parejas *de jure* o de hecho del mismo sexo, etcétera.

Quinto. Los congresistas federales con el presidente determinan el presupuesto de la Federación, y garantizan por medio de esta importante potestad de distribución financiera la equidad en la distribución presupuestal entre los estados —la solidaridad interterritorial—<sup>23</sup> así como un

prema Corte de Justicia de la Nación, José Ramón Cossío, señala en su obra: “En ocasiones el Senado podrá actuar como órgano del orden constitucional (suspensión de garantías), mientras que en otros tendrá el carácter de órgano federal (proceso legislativo)”. Cossío Díaz, José Ramón, *Los órganos del Senado de la República*, México, Senado-Porrúa-ITAM, 2003, p. 49.

<sup>23</sup> Por un error durante el procedimiento de reforma a la Constitución de 1857

mínimo de derechos homogéneos para todas las personas independientemente del estado de la República en el que residan.

Sexto. Los congresistas federales con el presidente tienen la potestad de legislar sobre las relaciones intergubernamentales por convenios administrativos, y consecuentemente, los instrumentos procedimentales políticos o jurisdiccionales para dirimir conflictos entre el gobierno federal y los gobiernos de los estados, o de estos últimos entre sí.<sup>24</sup>

Séptimo. Los congresistas federales (senadores) con el presidente eligen a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que interpretan derechos y competencias que amplían o reducen el margen de apreciación de los estados.<sup>25</sup> Por ejemplo, cuando los ministros interpretan durante un procedimiento (amparo en revisión) que es posible que exista violación entre cónyuges, está impidiendo que los códigos penales de los estados puedan establecer el lazo matrimonial como factor excluyente de responsabilidad penal.

Octavo. Los congresistas federales con el presidente deciden cuándo y cómo ejercer la garantía democrática del federalismo para intervenir en un estado de la República, incluso desaparecer sus poderes, con el propósito de restablecer el orden constitucional.<sup>26</sup> En ejercicio de esta potestad podrían determinar, por ejemplo —sobre la evidencia aportada por el Centro de Inteligencia y Seguridad Nacional de la Secretaría de Gobernación y/o la Procuraduría General de la República— que el goberna-

por medio de la cual se restableció el Senado en el año de 1874, el Senado quedó excluido del proceso de distribución territorial del presupuesto federal —la competencia constitucional permaneció como potestad de la Cámara de Diputados. La Constitución de 1917, “que reforma la de 5 de febrero de 1857”, repitió el error—. Véase Romerovargas Yturbide, Ignacio, *La Cámara de Senadores de la República Mexicana*, México, Senado de la República, 2006, pp. 201-204.

<sup>24</sup> Serna de la Garza, *El sistema federal mexicano*, cit., pp. 99-184.

<sup>25</sup> Silva Meza, Juan y Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2009, pp. 373 y ss. Sobre la importancia de la interpretación constitucional de los ministros de la Suprema Corte de Justicia en el sistema federal estadounidense, véase Charles Black, *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Woodbridge, Ox Bow Press, 1983. Sobre las amplias potestades de la que hoy día gozan los jueces constitucionales en todo el mundo, véase Zagrebelsky, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, t. I, pp. 3-26.

<sup>26</sup> Martínez Báez, Antonio, “El federalismo mexicano y la desaparición de los poderes de los Estados”, en *El pensamiento jurídico de México en el derecho constitucional*, México, Manuel Porrúa, 1961, pp. 27-61.



dor de un estado es parte del crimen organizado —y que también lo son los funcionarios del Poder Ejecutivo y de los otros poderes del estado— a grado tal de nombrar un gobierno provisional en dicho estado encargado de restablecer el orden constitucional. La intervención reconstructiva de la garantía democrática del Estado federal puede también activarse en el caso de que las instituciones públicas de un estado de la República de manera sistemática dejen de funcionar eficazmente de forma que la fuerza del Estado sea suplida por poderes sin legitimación democrática.

Noveno. Los congresistas federales —con el presidente—, contribuyen en la fase constructiva de la garantía democrática del Estado federal: los legisladores federales pueden aprobar el nacimiento de un nuevo estado que se forma de un estado existente, y cuyas autoridades locales pueden estar totalmente en contra de tal medida de segmentación. Con fundamento en la misma competencia, los legisladores federales y el presidente pueden también configurar la geografía y el estatuto jurídico de la capital de la República federal.<sup>27</sup>

Décimo. Los congresistas federales incoan el juicio político a los gobernadores, diputados y magistrados de los tribunales superiores de justicia locales, por el ejercicio del poder público contrario a la Constitución y leyes federales, o por la apropiación indebida de caudales federales.

Undécimo. Los congresistas federales (senadores) —con el presidente— pueden obligar jurídicamente a los Estados Unidos Mexicanos mediante tratados internacionales en materias que reducen el margen de apreciación de los estados en el ejercicio de sus competencias reservadas,<sup>28</sup> como por ejemplo a través de tratados internacionales de derechos humanos dirigidos a la protección de los migrantes.

Por todas las razones apuntadas previstas en la Constitución, los congresistas federales deben tener sensibilidad territorial, es decir, atender responsablemente los intereses de los estados y preservar un espacio más o menos amplio para el ejercicio del autogobierno. Es de destacar sin embargo que buena parte de la doctrina mexicana, así como los actores políticos que de ella se nutren han pasado por alto tal incentivo territorial, que debe ser creado en dosis suficientes por el sistema electoral del federalismo.

En nuestra opinión el incentivo territorial que mantiene la vitalidad del federalismo claramente integrado en las Constituciones federales de

<sup>27</sup> Moreno, Daniel, *Derecho constitucional mexicano*, 7a. ed., México, Pax, 1983, pp. 339-350 y 354.

<sup>28</sup> Carrillo Flores, Antonio, “El Senado en el sistema constitucional mexicano”, *Memoria de El Colegio Nacional*, t. X, núm. 1, 1982, pp. 64 y ss.

1824, 1857 y 1917 en su versión original, ha sido severamente disminuido por las modificaciones a la Constitución federal mexicana en materia electoral iniciadas a partir del último cuarto del siglo XX. El impacto que tales cambios han tenido en la integración del Poder Revisor de la Constitución ha generado a su vez una tendencia centralizadora en el sistema de gobierno de México, que se puede observar empíricamente a través de la progresiva ampliación de las competencias federales a costa de las competencias de los estados mediante constantes reformas y adiciones al artículo 73 de la Constitución federal. A través de éstas el Congreso de la Unión —como componente hegemónico que es del poder revisor de México— ha incorporado para sí mismo competencias legislativas que antes eran competencias reservadas de los estados, o bien ha ampliado la lista de las materias concurrentes sobre las cuales puede aprobar “leyes generales” donde el propio Poder Legislativo define qué campo es federal y qué de los estados en dicha legislación concurrente.<sup>29</sup>

### III. EL SISTEMA ELECTORAL DEL FEDERALISMO MEXICANO AL DÍA DE HOY

El gobierno nacional mexicano, con las reformas y adiciones a la Constitución federal que se han incorporado hasta la fecha de presentación de este trabajo, se integra de la siguiente manera: un Congreso de la Unión formado por dos cámaras, la de Diputados Federales y la de Senadores de la República. La Cámara de Diputados se forma con 500 miembros de los cuales 300 son electos por el principio mayoritario en distritos electorales uninominales por estados, y 200 por el principio de representación proporcional (RP) en cinco grandes circunscripciones electorales en que se divide el país.<sup>30</sup> De estos últimos 200 diputados de RP, cabe destacar que las circunscripciones electorales por las cuales se eligen no guarda ninguna relación con la geografía política del federalismo mexicano —los estados—, y que las listas de candidatos a diputados federales de RP de cada partido por disposición del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales las elabora y registra el presidente del respectivo

<sup>29</sup> Al momento de cerrar el presente trabajo, se han registrado 67 adiciones y reformas al artículo 73 de la Constitución federal.

<sup>30</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional comparado y mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 2013.

partido político nacional, sin injerencia vinculante de los comités directivos de sus estados. Ello ha convertido a los diputados federales de representación proporcional en vector de centralización.

El Senado de la República se integra con 128 senadores. De ellos la cuarta parte son electos por el principio de representación proporcional en una sola circunscripción electoral nacional, sin anclaje alguno en los estados.<sup>31</sup> Los 32 senadores de la República de representación proporcional son igualmente vector de centralización.

El gobierno nacional se compone además con un presidente de la República que es a la vez jefe de Estado y jefe de gobierno. El jefe de Estado y de gobierno en México es electo popularmente por el principio de mayoría en una sola circunscripción electoral que comprende el territorio de toda la República.<sup>32</sup> Tal método de elección es consecuente con las funciones de jefe de Estado. Sin embargo, las funciones de jefe de gobierno de un Estado federal requieren necesariamente de una sensibilidad territorial<sup>33</sup> que tal sistema de elección no produce.

La elección popular directa del presidente de la República que tras la Revolución mexicana (Constitución de 1917) sustituyó a la elección indirecta por medio de colegios de electores por cada uno de los estados (Constitución de 1857), tiene una clara legitimación histórica que explica una reforma al sistema electoral que, junto con otras reformas formales y de prácticas políticas, tuvo como efecto colateral un sesgo centralizador en el sistema de gobierno.<sup>34</sup> Pero desde hace una década se discute seriamente en México una propuesta de reforma al sistema presidencial mexicano elaborada por Diego Valadés que podría servir de correctivo al problema identificado, sin faltar al legado democrático de la Revolución: el reconocimiento constitucional en México de la figura de jefe de gabinete, cuya designación congresual puede configurarse en clave federalista como se explica más adelante.

Cabe decir que la reelección del presidente se prohibió en la Constitución de 1917. Se mantuvo abierta para los legisladores federales, pero

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> *Idem.*

<sup>33</sup> Entre otras importantes potestades asignadas en la Constitución al presidente como jefe de gobierno, destaca la competencia exclusiva para elaborar el Presupuesto de Egresos de la Federación. Véase Madrid Hurtado, Miguel de la, *El ejercicio de las facultades presidenciales*, México, UNAM-Porrúa, 1998, pp. 133-164.

<sup>34</sup> Orozco Henríquez, J. Jesús, "El sistema presidencial en el Constituyente de Querétaro y su evolución posterior", en varios autores, *El sistema presidencial mexicano*, México, UNAM, 1988, pp. 1-146.

tan solo unos pocos años: en 1933 se reformó la Constitución para prohibir la reelección de los miembros de ambas cámaras del Congreso de la Unión,<sup>35</sup> es decir, se suprimió uno de los incentivos de lealtad territorial del federalismo —medida que contribuyó de forma significativa al igual que las ya apuntadas a la centralización del sistema de gobernación—.

Por lo que respecta a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación éstos son designados por el presidente de la República, mediante una terna que el presidente presenta a la consideración de los senadores de la República. Al haber perdido tanto el presidente como el Senado parte de su sensibilidad territorial por las reformas a las circunscripciones electorales por medio de las cuales se les elige, así como por efecto de la prohibición de la reelección, ni el jefe del Poder Ejecutivo ni los senadores tienen incentivos para exigir convicciones federalistas a los candidatos a ministros de la Corte. Sobre el opaco y precipitado procedimiento de designación de los jueces del máximo tribunal de México, se comparte la fundada crítica que ha vertido Jorge Carpizo y el correctivo. El insigne jurista campechano proponía la participación de los poderes judiciales de los estados con un candidato a ministro de la Corte, como medio para garantizar cierta sensibilidad de los jueces constitucionales sobre el autogobierno de los estados:

El sistema de terna debe desaparecer y la intervención del Presidente debe ser acotada. El Presidente de la República presentaría al Senado una sola propuesta pero ésta debería circunscribirse a uno de los candidatos que le hubieran propuesto el Consejo de la Judicatura Federal, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos y la Asociación Nacional de Facultades, Escuelas de Derecho, Departamentos de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica, A.C. Cada una de ellas le presentaría dos nombres, uno de los cuales no podría pertenecer a un miembro de ese sector, órgano o asociación... Si mi propuesta no se considera certera prefiero que se regrese al sistema original que diseñó la Constitución de 1917 y que fue cambiado once años después de su promulgación: Los Ministros eran designados por el Congreso de la Unión en funciones de colegio electoral. Cada legislatura de entidad federativa proponía un candidato, en la forma que señalaba la propia ley local.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Lujambio, Alonso, *Estudios congresionales*, México, Cámara de Diputados, 2013, pp. 71-100.

<sup>36</sup> Carpizo, Jorge, “Propuestas de reformas constitucionales en el marco de la llamada reforma del Estado”; en la compilación de trabajos del mismo autor *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, 2007, pp. 142 y 144.

El sistema electoral del federalismo mexicano ha experimentado importantes modificaciones durante el siglo XX con la intención de transitar a una auténtica democracia pluralista e incrementar la calidad de la representación política.<sup>37</sup> A este respecto Serna de la Garza apunta que “uno de los hilos conductores de las reformas político-electorales iniciadas en México desde la década de los sesenta del siglo XX ha sido el intento de equilibrar el elemento preponderantemente mayoritario de nuestro sistema electoral original (establecido por la Constitución de 1917), con elementos que permitieran la representación de opciones que hasta mediados de los noventa permanecieron como fuerzas minoritarias frente al partido hegemónico”.<sup>38</sup> En nuestra opinión ello ha tenido efecto en el equilibrio en las relaciones federales —efecto indeseado que puede sin embargo corregirse en vísperas que se cumplan cien años de la Constitución de 1917—.

Actualmente se discute también la reforma electoral para producir condiciones de gobernabilidad para un sistema presidencial que ha de operar con un Poder Legislativo pluripartidista —lo que igualmente es posible construir sin deteriorar más el sistema electoral propio del federalismo—.

#### IV. PROPOSICIONES DE RECONSTRUCCIÓN EN CLAVE FEDERAL DEL SISTEMA ELECTORAL MEXICANO

##### 1. *Primera proposición*

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión: suprimir la potestad de los presidentes de los partidos políticos nacionales de elaborar las listas de los 200 diputados de representación proporcional sin consideración vinculante de los candidatos propuestos desde los estados: establecer en el proceso de registro de candidatos la participación vinculante de los co-

<sup>37</sup> Véase Núñez Jiménez, Arturo, *El nuevo sistema electoral mexicano*, México, FCE, 1991; Córdova Vianello, Lorenzo, “La reforma electoral y el cambio político en México”, en Orozco Henríquez, Jesús y Zovatto, Daniel, *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM-IDEA, 2008; Orozco Henríquez, Jesús, “Régimen Electoral”, en Carpizo, Jorge et al., *Evolución de la organización político constitucional de México 1975-2010*, México, UNAM, 2012.

<sup>38</sup> Serna de la Garza, José María, “Poder Legislativo Federal y Sistema Federal”, en Carpizo, Jorge et al., *Evolución de la organización político constitucional de México 1975-2010*, México, UNAM, 2012, p. 87.

mités directivos de los partidos políticos en los estados —con legitimación democrática de sus bases sociales— que conforman las cinco circunscripciones electorales en que actualmente se divide el país. Alternativamente, modificar la geografía electoral para elegir diputados federales de RP, de forma que las cinco circunscripciones electorales se conviertan en 32 circunscripciones que se correspondan con cada una de las entidades federativas que integran la República federal mexicana. Para ambas proposiciones se puede tomar de modelo el sistema electoral y de partidos alemán.<sup>39</sup>

## 2. Segunda proposición

Cámara de Senadores de la República Federal: a) suprimir la figura de senador de representación proporcional; b) elegir popularmente por separado a cada uno de los dos senadores de la República en cada estado, y no en fórmulas de dos como actualmente se realiza.

## 3. Tercera proposición

Presidente de la República federal: distinguir desde la Constitución las tareas de jefe de Estado y de jefe de gobierno del presidente de la República, e integrar al “jefe de gabinete” como funcionario del gobierno para el descargo de estas últimas. La presente proposición esencialmente consiste en sustituir el modelo presidencial unipersonal de Emilio Rabasa incorporado en la Constitución desde 1917, por el modelo presidencial desconcentrado de Diego Valadés que éste autor ha propuesto en sus obras *El gobierno de gabinete* y *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*.

Valadés distingue las tareas de jefe de Estado y de jefe de gobierno del presidente de la República federal, y a renglón seguido propone la inclusión en la Constitución de la figura de “jefe de gabinete”. La tarea principal del jefe de gabinete es la conducción de las tareas de gobierno, por delegación del presidente de la República. Para el descargo de tal encomienda el jefe de gabinete conduce las relaciones del presidente con el Congreso, sometiendo a la consideración de este último poder, por disposición constitucional expresa, las principales decisiones de gobierno

<sup>39</sup> Nohlen, *Sistemas electorales y partidos políticos*, cit., pp. 139 y ss.; también Issacharoff, Samuel et al., *Law of Democracy. Legal Structure of the Political Process*, 2a. ed., Nueva York, New York Foundation Press, 2002, pp. 1094-1999.

—entre las cuales se encuentran la aprobación del programa de gobierno y los presupuestos anuales de la Federación—. <sup>40</sup>

La proposición de Diego Valadés sobre el jefe de gabinete ofrece métodos de elección congressional de dicho funcionario encargado de las tareas de gobierno, que pueden atender las necesidades de sensibilidad territorial del federalismo —en adición a las demás aportaciones a la gobernación democrática que el modelo de Valadés aporta—. El jefe de gabinete puede ser designado por el presidente de la República con el consentimiento mayoritario de los senadores de la República, o bien por los diputados federales —si previamente se introducen los incentivos territoriales para unos y otros sugeridos en las proposiciones en clave federalista que en este apartado hemos presentado—. Bajo este método de elección congressional, el programa de gobierno y el presupuesto federal presentados a la consideración de los diputados y senadores por el jefe de gabinete necesariamente tendría que considerar los intereses de los estados.

#### 4. *Cuarta proposición*

Partidos políticos: *a)* reconocer como “Partido Político Nacional” solo a aquellos que logren obtener 2% de la votación o más en al menos doscientos de los trescientos distritos electorales en que se eligen candidatos para la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión o en más de la mitad de los estados de la República Federal, y otorgar financiamiento público solo a los que acrediten dicha implantación sociológica nacional; *b)* introducir un procedimiento interno de elección de los comités de dirigentes nacionales de los partidos políticos que implique la participación democrática de los militantes de los partidos políticos en los estados, en congruencia con la estructura constitucional propia del Estado federal.

#### 5. *Quinta proposición*

Los pueblos de los estados: *a)* restablecer la reelección de los legisladores como derecho de los ciudadanos de los diferentes estados para vigilar la sensibilidad territorial de sus representantes en el Congreso de la Unión y por efecto reflejo al jefe de gabinete; *b)* establecer el referéndum consti-

<sup>40</sup> Valadés, Diego, *El gobierno de gabinete*, México, UNAM, 2003, pp. 5-26. La segunda edición de este libro es de 2005.

tucional como derecho de los ciudadanos de los diferentes estados para la defensa del federalismo contra un poder revisor de la Constitución federal dominado por dirigentes de partidos políticos con claras tendencias centralizadoras. En este punto se considera apropiado el siguiente mecanismo de referendo federalista que propone Jorge Carpizo en lo que fue una de sus últimas obras publicadas:

... 2) El Congreso de la Unión y las legislaturas locales aprobarían un proyecto de reformas. En este caso se constituirían en asamblea proyectista. La aprobación en cada una de las Cámaras sería por mayoría absoluta, no calificada de los legisladores presentes, precisamente porque se trata de un *proyecto*, y debido a que la experiencia demuestra que tan inconveniente es la flexibilidad como la rigidez extrema de la Constitución.

3) La participación de las legislaturas locales en el proyecto es una garantía para la existencia del propio sistema federal.

4) La reforma constitucional sería más meditada y ponderada por el Congreso y las legislaturas locales al saber que la última palabra la dirán los votantes

5) Los votantes se beneficiarían de los argumentos favorables y en contra del proyecto, lo que les auxiliaría a considerar los méritos de aquél.

6) Una Constitución o sus reformas únicamente deben ser aprobadas por la sociedad política en ejercicio directo de su soberanía. Los Congresos o Asambleas Constituyentes son una etapa superada, deben ser pieza de museo. Las decisiones constituyentes corresponden únicamente a la sociedad política, al pueblo, quien, al decidir la estructura político-social básica, está otorgando a sus representantes las facultades que poseen y los límites a esas facultades, así como las modalidades de su ejercicio.

7) El titular del Poder Constituyente es el mismo que el de la soberanía. En este sentido, Poder Constituyente, soberanía y pueblo son términos intercambiables, y la decisión sobre la Constitución y sus reformas deben provenir precisamente de ese titular, fuente última del poder y creador del orden jurídico.

8) Aunque existen antecedentes —como Francia en 1793 y Suiza en 1848—, es a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial que los países democráticos llegaron a la conclusión de que las Constituciones nuevas y sus reformas deben ser aprobadas por el pueblo a través de referendos, como ejercicio directo de su soberanía.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> Carpizo, “Propuestas de reformas constitucionales en el marco de la llamada reforma del Estado”, *cit.*, pp. 158 y 159.



## LA MIGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A TRAVÉS DE EUROPA\*

Carlos BERNAL PULIDO

Sumario: I. *Introducción*. II. *Seis migraciones de la proporcionalidad a través de Europa*. III. *Una justificación de la migración del principio de proporcionalidad a través de Europa*.

### I. INTRODUCCIÓN

#### 1. *Un concepto de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad es un criterio jurídico utilizado alrededor del mundo para la protección los derechos fundamentales. Este principio nació en Alemania pero hoy en día ha migrado a otros sistemas jurídicos y a diversas áreas del derecho. Aunque el concepto de proporcionalidad no es unívoco,<sup>1</sup> la mayoría de jueces y juristas coinciden en que se trata de un principio conformado por tres sub-principios a saber: idoneidad, necesidad, y el mandato de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Cada sub-principio establece una exigencia que cualquier limitación en derechos fundamentales debe de satisfacer. El sub-principio de idoneidad exige que la limitación sea adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.<sup>2</sup> El sub-principio de necesidad exige

\* Traducción del inglés por Rodrigo Camarena González.

<sup>1</sup> Sobre los diferentes conceptos de proporcionalidad véase: Bernhard Schlink, 'Proportionality (1)', en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 721. Véase también: Bomhoff, Jacco, "Genealogies of Balancing as Discourse", *L&EHR*, (1) 4 (2010), pp. 108-139.

<sup>2</sup> Algunos autores consideran que el sub-principio de idoneidad en realidad contiene dos elementos (la legitimidad del fin, y la adecuación fáctica de la intervención para alcanzar el fin) como diferentes sub-principios. Por ello, dichos autores consid-

que la limitación sea la menos gravosa, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto exige que la limitación alcance el fin que se propone en un grado que justifique el grado en que se limita el derecho.

## 2. *El debate sobre el principio de proporcionalidad*

La aplicación del principio de proporcionalidad ha generado una amplia discusión. Por un lado, reconocidos autores han adoptado este principio sin reparos. Por ejemplo, Beatty considera que el principio de proporcionalidad es “neutral”, “potencialmente racional”,<sup>3</sup> y contiene la posibilidad de hacer que “el concepto jurídico de derechos sea el mejor posible”.<sup>4</sup> Con base en estas premisas, Betty defiende a la proporcionalidad como “un criterio universal de la constitucionalidad”,<sup>5</sup> la máxima expresión del Estado de derecho,<sup>6</sup> y la regla de oro del derecho.<sup>7</sup> Barak comparte una postura similar. El expresidente de la Corte Suprema de Israel cree que la constitucionalidad de cualquier limitación de los derechos fundamentales solo puede justificarse mediante un análisis de proporcionalidad<sup>8</sup> y no existe ningún concepto alternativo que pudiera servir mejor que este para tal fin.<sup>9</sup> De igual manera, Alexy sostiene que los jueces constitucionales no pueden evitar utilizar el principio de proporcionalidad. Para Alexy, este

eran que el principio de proporcionalidad está constituido por cuatro sub-principios. Véase Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia J Transl Law*, 47 (2008), 75. Véase asimismo: Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 3, y Barak, Aharon, “Proportionality (2)”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, núm. 1, p. 743. Barak distingue entre “fin adecuado” y “nexo causal racional” (*rational connection*). \* A menos que se indique lo contrario todas las traducciones fueron realizadas por el traductor.

<sup>3</sup> Beatty, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 171.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>7</sup> Beatty, David, “Law’s Golden Rule”, en Palombella, Gianluigi y Walker, Neil (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, p. 103.

<sup>8</sup> Véase *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, núm. 2, p. 3.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 8.

principio es la única manera racional en que se puede analizar la relación entre los derechos fundamentales y sus limitaciones.<sup>10</sup> Finalmente, Garbbaum estima que el mandato de ponderación “refuerza adecuadamente el papel que las decisiones mayoritarias deben de tener en una democracia constitucional”.<sup>11</sup>

Por otro lado, tanto en obras de la década pasada como en publicaciones previas,<sup>12</sup> el principio de proporcionalidad ha sido objeto de feroces críticas. Tsakyrakis ha sostenido que este principio es “un atropello a los derechos humanos” y un “camino equivocado en busca de precisión y objetividad”.<sup>13</sup> Por su parte, Webber lamenta el hecho de que el principio de proporcionalidad haya creado un infundado “culto académica a los derechos fundamentales”, que ha desencadenado en una concepción extremadamente individualista de los derechos y un simultáneo desprecio hacia las leyes democráticas que persiguen la protección de intereses sociales.<sup>14</sup> Algunos jueces y juristas critican la ponderación y la consideran irracional. Otros autores deploran el uso de la proporcionalidad pues, según ellos, desvirtúa la esencia de los derechos fundamentales como limitaciones sobre el ejercicio del poder público. Por ejemplo, Habermas sostiene que este principio vulnera la “firmeza” de los derechos fundamentales como quiera que, en ocasiones, estos tienen que ceder ante otros intereses jurídicamente protegidos.<sup>15</sup> Finalmente, una objeción común es que este principio permite al Poder Judicial inmiscuirse ilegíti-

<sup>10</sup> Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. de Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 74.

<sup>11</sup> Gardbaum, Stephen, “A Democratic Defense of Constitutional Balancing”, *LE&EHR*, (1) 4, 2010, p. 78.

<sup>12</sup> Para un análisis crítico sobre la ponderación en el derecho constitucional estadounidense véase: Aleinikoff, Thomas Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale L. J.*, 96, 1987, pp. 943-1005.

<sup>13</sup> Tsakyrakis, Stavros, “Proportionality: An Assault on Human Rights”, *I-COM*, (3) 7, 2009, p. 468.

<sup>14</sup> Webber, Grégoire, “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, *Can. J. L. Juris.*, 23, 2010, pp. 180, 190 y 191, y Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 88 y ss.

<sup>15</sup> Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, trad. de William Rehg, Cambridge, Mass, MIT Press, 1996, p. 254. Para un análisis de este aspecto, véase Kumm, Matthias, “What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements”, en Pavlakos, George (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 131 y ss.

mamente en competencias del legislativo y de la administración pública. En ese sentido, Lord Ackner consideró en el caso *Brind* que el uso judicial de la proporcionalidad implicaba un “análisis de fondo de las decisiones políticas”. En una democracia, este tipo de decisiones deben ser adoptadas solo por autoridades políticas.<sup>16</sup>

### 3. *En búsqueda de una justificación para la migración del principio de proporcionalidad*

Según estima Kumm, el principio de proporcionalidad, junto con el control de constitucionalidad de las leyes, es el “trasplante jurídico más exitoso del siglo veinte”.<sup>17</sup> Sin embargo, el profundo debate acerca de la conveniencia del uso de la proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales suscita varias interrogantes: ¿existe alguna razón que justifique el hecho de que el principio de proporcionalidad se haya sido difundido a lo largo de diferentes contextos y sistemas jurídicos? Esta inquietud adquiere una relevancia aún mayor si se tienen en cuenta los problemas que, de por sí, el trasplante de ideas y conceptos constitucionales, de un sistema a otro puede generar. La migración de la proporcionalidad sin duda alguna también se enfrenta a estos problemas generales<sup>18</sup> a los que el préstamo de conceptos constitucionales da lugar.<sup>19</sup>

La posibilidad de justificar la migración del principio de proporcionalidad depende de dos factores. El primero es una justificación en abstracto para el uso de este principio. El segundo es una justificación concreta para tomar prestado este principio desde un sistema de derecho extranjero y trasplantarlo a otro sistema jurídico, en un tiempo determinado, y en un área del derecho en particular (por ejemplo, los derechos funda-

<sup>16</sup> *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

<sup>17</sup> Kumm, “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice”, *I·CON*, (2) 3, 2004, p. 595.

<sup>18</sup> Sobre este punto, véase: Sujit Choudri, “Migration in Comparative Constitutional Law”, en Choudri, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 7 y ss.

<sup>19</sup> Sin obviar las críticas que ha recibido, el presente ensayo utilizará el concepto ampliamente aceptado de préstamo constitucional (“*constitutional borrowing*”) para aludir a la importación de instituciones o conceptos jurídicos extranjeros, tales como el principio de proporcionalidad, a un sistema jurídico. Sobre las críticas al concepto de préstamo constitucional, véase Lane Scheppelle, Kim, “Aspirational and Aversive Constitutionalism: the Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models”, *I·CON*, (2) 1, 2003, pp. 296 y ss.

mentales, el control de la administración pública o el cumplimiento de tratados internacionales).

Hasta el momento, la mayoría de los estudios tanto nacionales como de derecho constitucional comparado han analizado el primer factor. La justificación abstracta del uso del principio de proporcionalidad suele implicar el propósito de solucionar tres problemas: racionalidad, legitimidad y prioridad. El problema de la racionalidad consiste en determinar si puede o no haber un uso racional de la proporcionalidad. El problema de la legitimidad es si los tribunales tienen legitimidad constitucional para usar este criterio. Por último, la pregunta acerca de la prioridad radica en establecer si la aplicación de principio de proporcionalidad permite a los tribunales reconocer a los derechos fundamentales una prioridad dentro del sistema jurídico. En pocas palabras, habrá justificación abstracta para el uso judicial del principio de proporcionalidad siempre que exista una manera racional y legítima para aplicarlo, que además permita que los derechos fundamentales conserven su prioridad dentro del sistema jurídico.

Robert Alexy y Aharon Barak han desarrollado modelos exhaustivos del principio de proporcionalidad, que pretenden resolver los problemas de la justificación en abstracto.<sup>20</sup> Otros autores han propuesto variaciones a estos modelos,<sup>21</sup> y han justificado el uso del principio de proporcio-

<sup>20</sup> Robert Alexy introdujo los elementos básicos de su modelo en la publicación original, en alemán, de *La Teoría de los derechos fundamentales, Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985. Alexy complementó este modelo en el epílogo de la traducción al inglés de la misma obra (Veáse: n. 10) 388-425. La aportación más relevante que encontramos en dicho epílogo es el análisis lógico de la ponderación a la luz de la, así llamada, “fórmula del peso” (*Infra* n. 64, p. 408) y sus teorías sobre los márgenes de discrecionalidad judicial (pp. 394-397 y 414-425). Alexy continuó desarrollando su fórmula del peso en: “The Weight Formula”, trad. de Bartosz Brożek y Stanley L. Paulson, en Stelmach, J. et al. (eds.), *Studies in the Philosophy of Law 3. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Kraków, Jagiellonian University, 2007, pp. 9-27. El modelo de Barak toma los elementos básicos de la proporcionalidad de Alexy pero difiere en aspectos sustanciales que no se pueden analizar en este ensayo. Su propuesta sobre la estructura del principio de proporcionalidad refleja este desacuerdo. Véase Barak, Aharon, “Proportionality and Principled Balancing”, *L&EHR*, (1) 4, 2010, p. 8; “Proportionality (2)” (n. 2), y, particularmente, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, n. 2, pp. 243-455.

<sup>21</sup> Algunas posturas que pretenden mejorar el modelo de proporcionalidad propuesto por Alexy pueden encontrarse en: Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 7-14 y 45-85; Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, cap. 6; Ber-

nalidad tanto en abstracto como en contextos específicos. Estos autores han hecho hincapié en las ventajas que este concepto representa para determinados sistemas jurídicos, y han respondido a importantes objeciones contra su utilización judicial.<sup>22</sup>

A diferencia de dichas obras, este ensayo centra su atención en el segundo factor. Los conceptos jurídicos, como el principio de proporcionalidad, pueden tomarse prestados y trasplantarse de un sistema constitucional a otros. Bien puede decirse que existe una correlación entre la justificación en abstracto para el uso de un concepto jurídico y la justificación concreta para su migración. Una razón válida para trasplantar conceptos jurídicos deviene de su racionalidad y legitimidad intrínsecas. No obstante, esta justificación en abstracto, o el uso concreto del concepto jurídico en el contexto original, no explican, *per se*, su migración. El derecho constitucional es, en parte, una expresión de la identidad nacional.<sup>23</sup> Esta singularidad aplica no solo cuando analizamos disposiciones de las Constituciones sino también en relación con los métodos de interpretación constitucional. Ambos elementos se encuentran arraigados en las actitudes y en el bagaje jurídico de los servidores públicos y los abogados de cada cultura constitucional. Más aun, estos elementos determinan, al menos en parte, el significado de las reglas constitucionales. Por lo tanto, estos elementos impactan de manera profunda la manera en que se trata de definir el contenido y alcance de los derechos fundamentales. Esta singularidad explica el profundo debate que los trasplantes en materia constitucional han generado. Los críticos más radicales consideran que este tipo de trasplantes son antidemocráticos. Estos autores opinan que los trasplantes constitucionales favorecen intereses e ideologías extrañas, y permiten que los jueces manipulen el contenido y alcance de las normas constitucionales. Esta posibilidad pondría en riesgo la integridad del proceso judicial, y la esencia de principio democrático, según el cual, las normas constitucionales deben representar la voluntad popular.<sup>24</sup> Otros

nal, Carlos, "The Rationality of Balancing", *Archiv für Rechts- und Sozial Philosophie*, 92 (2) 2006, pp. 195-208, y Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

<sup>22</sup> Para un análisis sobre las ventajas del principio de proporcionalidad y las respuestas a sus críticos, véase *infra* Parte II, 2.2, (iii).

<sup>23</sup> Véase Jackson, Vicki C., "Being Proportional about Proportionality. The Ultimate Rule of Law", *Const. Commentary*, 21, 2004, p. 857.

<sup>24</sup> Para conocer este punto resulta ilustrativo la discusión que los jueces de la Corte Suprema Estadounidense tuvieron en los años 2003 y 2004 sobre la posibilidad de fundar sus decisiones en fuentes extranjeras, véase Choudri, Sujit, "Migration

críticos defienden una postura menos radical y escéptica. Estos autores consideran que los métodos y conceptos de otros sistemas constitucionales pueden tomarse prestados y adaptarse a ciertos contextos políticos, sociales, culturales y jurídicos en particular.<sup>25</sup>

De esta línea argumentativa se sigue que las razones que justifican el uso del principio de proporcionalidad en abstracto no justifican por sí mismas su migración alrededor del mundo y a través de diversas áreas del derecho. Por otra parte, si bien existen algunas explicaciones desde el punto de vista de la ciencia política sobre la difusión mundial del principio de proporcionalidad,<sup>26</sup> que atienden sobre todo a las razones estratégicas que los jueces tienen para utilizar este principio, hay un déficit en el estudio del problema de si esta migración está o no justificada. Este análisis deberá responder dos preguntas básicas. Primero, qué razones pueden darse para justificar el trasplante del principio de proporcionalidad,<sup>27</sup> y no el trasplante de algún otro concepto jurídico que pudiera fungir de manera similar.<sup>28</sup> Segundo, si ponderamos entre las razones para trasplantar el principio de proporcionalidad y los peligros de los préstamos constitucionales; ¿en qué dirección se inclina la balanza? ¿A favor de llevar a cabo el trasplante?

#### 4. Objeto y finalidad de la investigación

El objetivo principal del presente ensayo es responder estas preguntas para así poder comprender la migración del principio de proporcionalidad a

in Comparative Constitutional Law” (n. 19), pp. 7 y ss. Véase, asimismo, Saunders, Cheryl, “The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law)”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 13 (1), 2006, pp. 37 y ss.

<sup>25</sup> Véase Perju, Vlad, “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, n. 1, pp. 1321 y ss.

<sup>26</sup> Véase Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, n. 2, pp. 97-158, y Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, n. 2, pp. 175-210.

<sup>27</sup> Como ha señalado Vlad Perju, cualquier préstamo constitucional exige una justificación normativa. Véase: “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”, n. 24, pp. 1321 y ss.

<sup>28</sup> Sobre la relevancia del análisis de las razones para tomar prestadas ciertas instituciones constitucionales y, al mismo tiempo, rechazar otras, con el objeto de comprender y evaluar el diseño constitucional, véase: Epstein, Lee y Knight, Jack, “Constitutional Borrowing and Nonborrowing”, *ICONJ*, (2) 1, 2003, pp. 196 y ss.

través de Europa. La mayoría de los autores parecen justificar la migración del principio de proporcionalidad con una tesis que aquí llamaremos: de la necesidad conceptual. La tesis de la necesidad conceptual sostiene que existe una relación necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, de tal manera que este principio debe ser utilizado siempre y en todos los contextos en que se interpreten y se apliquen los derechos fundamentales. En contraste con dicha tesis, este ensayo defiende una justificación normativa para el trasplante del principio de proporcionalidad. La hipótesis central se divide en dos partes. Una gran variedad de razones puede justificar la migración del principio de proporcionalidad a una nueva jurisdicción o un nuevo contexto jurídico. No obstante, existe un común denominador entre las migraciones de este principio, a saber, que el principio de proporcionalidad es normativamente necesario para determinar el contenido de los derechos fundamentales.

Esta investigación tiene gran relevancia, tanto desde el punto de vista práctico como teórico. Por un lado, si no existiera una justificación normativa para la migración del principio de proporcionalidad, entonces sería normativamente plausible que los países que aún no han utilizado este concepto rechazaran su importación.<sup>29</sup> Por otro lado, este artículo representa el análisis de un caso específico que puede iluminar el análisis y la evaluación de las migraciones de instituciones del derecho constitucional. En este sentido, esta investigación busca aportar fundamentos para la construcción de una teoría de los trasplantes constitucionales.<sup>30</sup> Asimismo, este ensayo busca contribuir a la reflexión sobre el objeto del derecho constitucional comparado en lo concerniente a la búsqueda de las “prácticas normativas más adecuadas”.<sup>31</sup> Esta investigación persigue indagar si el uso del principio de proporcionalidad pertenece o no a este

<sup>29</sup> Por ejemplo, en Australia el análisis que ha efectuado su Tribunal Supremo en los casos recientes *Momcilovic v. Queen* y *Wotton, v. Queensland* ha revivido el debate sobre si el uso del principio de proporcionalidad por parte jueces representa o no un ejercicio legítimo del poder judicial. Véase: *Momcilovic v The Queen* [2011] HCA 34 and *Wotton, v. Queensland* [2012] HCA 2. De no haber justificación normativa para el trasplante del principio de proporcionalidad, la Corte tendría razones para rechazar la importación de este principio.

<sup>30</sup> Sobre la falta de dicha teoría y la necesidad de ella, veáse Ran Hirlsh, “On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law”, *The Migration of Constitutional Ideas*, n. 23, p. 43.

<sup>31</sup> Sobre este objetivo del derecho constitucional comparado, veáse: Jackson, Vicki, “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, n. 1, p. 70.



grupo de prácticas normativas más adecuadas, en particular, en el campo de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

Este ensayo está dividido en dos secciones con diferentes agendas y metodologías que, a pesar de ello, guardan una clara relación entre sí. La primera sección estudia, de manera analítica, la propagación del principio de proporcionalidad a través de Europa en seis migraciones.<sup>32</sup> Debo advertir que un análisis de esta naturaleza implica llevar a cabo ciertas simplificaciones. Además, cabe decir, que las seis migraciones que analizan cómo el principio de proporcionalidad se ha expandido a través de diferentes sistemas jurídicos y áreas del derecho no son ni unidireccionales ni exclusivas. Sin embargo, esta simplificación es útil para entender ciertas tendencias relacionadas con la justificación del trasplante del principio de proporcionalidad y para identificar varios puntos en común que las tendencias guardan entre sí. La segunda sección tiene un enfoque normativo. Esta sección evalúa las diferentes justificaciones del trasplante concreto del principio de proporcionalidad en las seis migraciones mencionadas. Aquí también se evalúa la tesis de la necesidad conceptual y muestran sus debilidades. Luego, se defiende la hipótesis central de este ensayo, esta es, que el común denominador para las diferentes migraciones es la necesidad normativa del principio de proporcionalidad para determinar el contenido de los derechos fundamentales.

## II. SEIS MIGRACIONES DE LA PROPORCIONALIDAD A TRAVÉS DE EUROPA

### 1. *La primera migración: de la filosofía política al derecho*

La justificación subyacente del principio de proporcionalidad es que las limitaciones de los derechos fundamentales no pueden ser excesivas. Las limitaciones no pueden ir más allá de lo que es estrictamente necesario. Esta idea emergió originalmente en el campo de la filosofía política en tiempos de la Ilustración, en momentos en que se discutía el origen del Estado, y la justificación de la coerción. Los filósofos que defendían la teoría contractualista del derecho natural afirmaban que los seres humanos han sido

<sup>32</sup> Sobre la relevancia del análisis de la historia de la migración de instituciones y conceptos constitucionales como un método de análisis del derecho constitucional comparado, véase, *id.*, 59.

dotados con libertad, y que esta libertad antecedió a toda asociación política. De acuerdo con la obra pionera de Locke, en el estado de naturaleza cada ser humano es “amo y señor de sí mismo y de sus posesiones”.<sup>33</sup> Todo individuo puede ejercer su libertad sin restricción alguna. Sin embargo, en este “estado de barbarie” —como lo llamaba Kant—, la libertad de los seres humanos es susceptible de una constante usurpación por la ley de la sobrevivencia del más fuerte.<sup>34</sup> Por lo tanto, los individuos se ven en la necesidad de adherirse a un pacto civil, por medio del cual someten el ejercicio de su libertad al imperio de la ley. A cambio, el Estado se obliga a proteger sus vidas, su libertad y sus propiedades.

Tres elementos políticos-filosóficos que fundamentan el principio de proporcionalidad se desprenden de esta conocida justificación del Estado. Primero, la libertad personal debe ser protegida en la sociedad civil como algo inherente a cada individuo. Segundo, el Estado tiene la facultad de restringir la libertad para satisfacer los derechos de otros y el interés común. Estos dos elementos dan lugar a una paradoja. Aquí será denominada la paradoja de la libertad. De acuerdo con esta paradoja, el Estado está facultado para limitar la libertad y, simultáneamente, la libertad debe ser protegida de las limitaciones estatales. La paradoja se puede resolver por medio de un tercer elemento. El Estado tiene el poder de limitar la libertad solo cuando es necesario y en la medida que esta limitación vaya encaminada a satisfacer exigencias que emanen de los derechos de otros individuos,<sup>35</sup> o del bien común.<sup>36</sup> Como corolario de estas tres premisas es posible afirmar que el mayor disfrute posible de la libertad debe ser la regla general, y las limitaciones estatales a la libertad deben ser la excepción y deben circunscribirse solo a alcanzar el fin perseguido por ellas.

<sup>33</sup> Locke, John, *Two Treatises of Government*, ed. Peter Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, Libro II, cap. 5, párr. 44, p. 298.

<sup>34</sup> Kant, Immanuel, “Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose”, en Reiss, Hans (ed.), *Kant: Political Writings*, trad. de H. B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991), 47.

<sup>35</sup> Según Kant: “El derecho no es más que la limitación de la libertad de unos, de tal manera que su libertad pueda coexistir con la mía de acuerdo con una ley universal”. Véase “On the Common Saying: ‘This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice’” (trad. alt.), en Kant, Immanuel, *Kant: Political Writings*, n. 22, pp. 75-76.

<sup>36</sup> Locke afirma que el poder del legislador esta “limitado por el bien común de la sociedad”. Véase Locke, John, *Two Treatises of Government*, n. 21, Libro II, cap. XI, párr. 135, p. 357.

Estos elementos son base de la exigencia de que las limitaciones estatales a las libertades individuales deban ser proporcionadas. Una de las primeras ejemplificaciones de esta exigencia ética fue la observación de Beccaria, según la cual, las penas deben ser proporcionales a los delitos.<sup>37</sup> Posteriormente, la Asamblea Nacional de Francia reconoció esta exigencia como un derecho en el artículo 8o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que fuera aprobada el 26 de agosto de 1789.<sup>38</sup>

Sin embargo, no fue sino hasta el derecho prusiano del siglo dieciocho que regulaba el uso de la fuerza policiaca (*Polizeirecht*) cuando el principio de proporcionalidad se configuró como un criterio jurídico —y ya no solo como un principio político-filosófico para resolver la paradoja de la libertad—.<sup>39</sup> El artículo § 10 del apartado II del Título 17 del Código Civil Prusiano (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*) de 1794 estableció que: “La policía adoptará las medidas necesarias para mantener la paz pública, la seguridad y el orden”.

La obra de Carl Gottlieb von Svarez, quien sentara las bases generales del principio de proporcionalidad, fue sumamente relevante para la aprobación y la interpretación de esta disposición, que después sería considerada como la piedra angular del derecho prusiano administrativo.<sup>40</sup> Svarez sostuvo que “un principio esencia del derecho público” es que “el Estado se encuentra autorizado para limitar la libertad personal solo cuando es necesario para hacer compatibles la libertad y la seguridad”.

<sup>37</sup> Cesare Beccaria escribió: “Mientras más se opongan los delitos al bien común, y mayor sean los incentivos para cometerlos, mayor deben ser los obstáculos que lo impidan. Este principio establece la necesidad de una proporcionalidad entre los delitos y las penas”. Véase Beccaria, Cesare, *Crimes and punishments: Including a New Translation of Beccaria's 'Dei Delitti E Delle Pene'*, 2a. ed., trad. de James Anson Farrer, Londres, Chatto & Windus, 1880, p.196. La exigencia de sanciones proporcionadas ya había sido aceptada por la filosofía antigua y el derecho romano. Sobre este punto, véase Wieacker, Franz, “Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der Verhältnismäßigen Rechtsanwendung”, en Lutter, Marcus *et al.* (eds.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin y Nueva York, W. de Gruyer, 1979, pp. 867 y ss.

<sup>38</sup> Este artículo establece: “La ley no debe de establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias...”.

<sup>39</sup> Para un análisis del contexto político y jurídico del derecho prusiano de policía durante el siglo XVIII, véase Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Munich, C. H. Beck, 1988, vol. 1, pp. 386 y ss.

<sup>40</sup> Sobre el concepto de proporcionalidad como un principio del derecho Prusiano de Policía y su difusión en todo el derecho alemán Administrativo, véase Merkl, Adolf Juilius, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienna-Berlin, Springer, 1927, pp. 249 y ss.

Svarez también consideraba que la legitimidad de cualquier limitación estatal a las libertades individuales depende de su intensidad e idoneidad para alcanzar el fin perseguido por la autoridad pública.<sup>41</sup> Además, señaló que es necesario considerar que no cualquier fin justifica la limitación de las libertades individuales por parte de la autoridad. El Estado cuenta con una justificación mayor cuando su intención es evitar daños o disminuir un riesgo inminente —en otras palabras, existe una justificación mayor cuando el Estado actúa en defensa de la sociedad— que cuando éste se mueve con el propósito de “promover el bienestar de la comunidad o conseguir un fin estético, o fomentar metas secundarias de naturaleza similar”. Finalmente, Svarez también escribió que “el daño evitado por la limitación de la libertad debe ser considerado más importante que la restricción que dicha limitación causa en la comunidad y en los individuos”.<sup>42</sup> Este último postulado traza la base para el contenido del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

## 2. *La segunda migración: la expansión en el derecho administrativo europeo*

Desde que el principio de proporcionalidad fue concebido en el derecho prusiano de Policía, su uso se ha ampliado y expandido a lo largo del derecho público europeo. Este criterio jurídico adquirió relevancia en las más variadas áreas del derecho prusiano administrativo en el siglo XIX. Un factor determinante para esta expansión, relacionado con la paradoja de la libertad, fue el consenso general sobre la idea según la cual los actos de autoridad deben respetar las libertades inherentes de los individuos, y que la intensidad de todas y cada una de las limitaciones a dichas libertades debe perseguir un fin legítimo. De esta manera, por ejemplo, Mayer escribía a finales del siglo XVIII que “los derechos naturales exigen que el uso de la fuerza policiaca ejecutada por el gobierno sea proporcionada”.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Sobre este concepto que sería la base para el sub-principio de idoneidad, y su desarrollo en el derecho prusiano de policía, véase, también, Remmert, Barbara, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995, p. 200.

<sup>42</sup> Véase Gottlieb von Svarez, Carl, *Vorträge über Recht und Stadt (1791)*, eds. Hermann Conrad y Gerd Kleinheyer, Cologne y Opladen, Westdeutscher Verlag, 1960; *Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen*, vol. 10, pp. 486 y ss.

<sup>43</sup> Mayer, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht (1895)*, Berlín, Dunker & Humblot, vol 1, 2004, pp. 267 y ss.

Con el objeto de controlar este tipo de proporcionalidad, los tribunales empezaron a proteger la libertad, como una forma de derecho natural. La creación de una Jurisdicción Administrativa independiente, el Tribunal Superior Administrativo Prusiano (*Oberverwaltungsgericht*), fue otro elemento que contribuyó a la expansión del principio de proporcionalidad. Este tribunal empezó a funcionar en 1875, y constantemente invocaba la violación al principio de proporcionalidad como razón para anular medidas coercitivas que limitaban los derechos individuales de manera excesiva.<sup>44</sup> El Tribunal Superior Administrativo Prusiano comprendió el principio de proporcionalidad como en los términos del sub-principio de necesidad; es decir, como un criterio para asegurarse que las libertades se limiten en realidad con el medio menos gravoso.<sup>45</sup> Gracias a estos elementos, para finales del siglo XIX y principios del XX, el principio de proporcionalidad era ya un principio general del derecho administrativo alemán.<sup>46</sup>

Después de la aprobación de la Ley Fundamental Alemana, Rupperecht von Krauss por primera vez analizó el principio de proporcionalidad como un concepto formado por sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.<sup>47</sup> Con posterioridad, Peter Lerche desarrolló esta concepción acerca de la estructura de este principio.<sup>48</sup> Sin embargo, Lerche denominó a la proporcionalidad como “prohibición del exceso”, y dividió su estructura en solo dos sub-principios: necesidad y

<sup>44</sup> Para un detallado recuento histórico de la evolución del principio de proporcionalidad durante los siglos XVIII y XIX, véase Remmert, Barbara, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, n. 41, pp. 200 y ss., y Lerche, P. *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Cologne *et al.*, Carl Heymanns, 1961, pp. 234 y ss.

<sup>45</sup> Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad que ha hecho el Tribunal Superior Administrativo Prusiano, véase: Stern, Klaus, “Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots”, en Badura, P. y Scholz, R. (eds.), *Weg und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 1993, p. 168.

<sup>46</sup> Hirschberg, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1981, pp. 4 y ss.

<sup>47</sup> Véase Rupperecht von Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, Appel, 1955, pp. 14 y ss.

<sup>48</sup> Véase: Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit* (n. 44), 19 s.

proporcionalidad en sentido estricto. Lerche consideraba que las exigencias del sub-principio de idoneidad se encontraban implícitas en los otros dos sub-principios. Estas bases conceptuales de la proporcionalidad serían de suma relevancia para la jurisprudencia de diversos países. Desde la Segunda Guerra Mundial, los jueces administrativos de Alemania y Suiza han utilizado el principio de proporcionalidad para llevar a cabo el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos.<sup>49</sup>

En los últimos sesenta años, la aplicación de la doctrina alemana de proporcionalidad ha proliferado en varios países europeos a lo largo de diversos campos del derecho administrativo que protegen derechos individuales, ya sean de índole constitucional o legal. Por ejemplo, las jurisdicciones francesa, italiana y española utilizan este principio como un criterio para controlar la legalidad de los actos de la administración pública, en especial, la de aquellos que son producto del ejercicio de poderes discrecionales.<sup>50</sup> A pesar de que el principio de proporcionalidad no está tipificado en ninguna disposición positiva del derecho administrativo francés, la jurisdicción contencioso-administrativa lo aplica implícitamente con bastante frecuencia.<sup>51</sup> Para tal efecto, el principio de proporcionalidad se

<sup>49</sup> Sobre el papel que el principio de proporcionalidad ha desempeñado en el derecho administrativo alemán a partir de 1949, véase: Henning Lohmann, Hans, “Die Praktikabilität des Gesetzesvollzugs als Auslegungstopos im Verhältnismäßigkeit”, *AöR*, 110, 1975, pp. 415 y ss.; Jakobs, Michael Ch., “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, *DVBl*, 1985, pp. 97 y ss.; Erich Dahlinger, “Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Bereich der Leistungsverwaltung?”, *DöV*, (1966), 818 s. Sobre la utilización de este principio en el derecho administrativo suizo, véase: Huber, Hans, “Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht”, *Festschrift für Robert Fischer*, núm. 37, pp. 1 y ss.

<sup>50</sup> Sobre la utilización del principio de proporcionalidad como un criterio para el ejercicio de poderes discrecionales en el derecho francés, véase: Philippe, Xavier, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises*, Aix-en-Provence: Economica- PUAM, 1990, p. 261. Philippe subraya que, gracias a su “versatilidad”, el principio de proporcionalidad simplifica el control de la constitucionalidad sobre el ejercicio de poderes discrecionales, dado que permite que los jueces establezcan un equilibrio entre el ejercicio de esa facultad, y el sometimiento de las autoridades al derecho.

<sup>51</sup> En relación con la utilización implícita del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo francés, Xavier Phillippe advierte que “el juez francés —ya sea de la jurisdicción administrativa u ordinaria— siempre ha decidido evitar usar el término [proporcionalidad]. Sin embargo, ha aplicado este concepto mediante el recursos a conceptos similares, paráfrasis o sinónimos”. No obstante, el mismo autor reconoce que esta tendencia empezó a cambiar en la última década del siglo XX, como consecuencia de la influencia que las decisiones del Tribunal Europeo

integra al control que se surte mediante las técnicas de desvío de poder, calificación jurídica de los hechos, error manifiesto, necesidad del acto y balance entre los costos y los beneficios de las actuaciones del Estado.<sup>52</sup> En cambio, en el derecho administrativo italiano, este principio ha comenzado a aplicarse como criterio autónomo. No obstante, en algunas ocasiones continúa siendo considerado como un componente de los criterios de razonabilidad, congruencia, adecuación, igualdad y exceso de poder, que se utilizan para evaluar la legalidad de los actos administrativos.<sup>53</sup> Finalmente, el principio de proporcionalidad es ahora un principio general del derecho administrativo español, un campo en el que la tradición jurídica alemana siempre ha sido relevante.<sup>54</sup>

### 3. *La tercera migración: del derecho administrativo al derecho constitucional*

La utilización del principio de proporcionalidad ha evolucionado en Europa especialmente en el campo del derecho constitucional. El primer capítulo de la Ley Fundamental Alemana (1949) institucionalizó la protección de la libertad por medio de un catálogo de derechos fundamentales. Al mismo tiempo, la Constitución facultó a las autoridades políticas para limitar estos derechos, y estableció un Tribunal Constitucional con la atri-

de Derechos Humanos, y del Tribunal de Justicia Europeo han tenido en los jueces franceses. Esto llevó a tales jueces a reconocer de manera explícita y directa el uso del principio de proporcionalidad. Véase “El principio de proporcionalidad en el derecho público francés”, *Cdp*, 5 (1998), 256.

<sup>52</sup> Véase Xynopoulos, George, *Le Contrôle de Proportionnalité dans le Contentieux de la Constitutionnalité et de la Legalité en France, Allemagne et Angleterre*, París, L.G.D.J., 1995, p. 64; Guy Braibant, “Le Principe de Proportionnalité”, en *Mélanges Offerts à Marcel Waline, le Juge et le Droit Public*, París: L.G.D.J., 1974; Teitgen, Francis, “Le Principe de Proportionnalité en Droit Français”, en *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Europäische Rechtsordnung*, ed. Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission, Heidelberg, C. F. Müller, 1985, pp. 61 y ss.

<sup>53</sup> Véase Villamena, Stefano, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa: ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milán, Giuffrè, 2008; Urania Galleta, Diana, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1998; Sandulli, Aldo, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padua, Cedam, 1998; Sandulli, Aldo, “Eccesso di Potere e Controllo di Proporzionalità. Profili Comparati”, *RTDP*, 2, 1995, pp. 360 y ss.

<sup>54</sup> Véase, entre otros, Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; López González, José Ignacio, “El principio de proporcionalidad en derecho administrativo”, *Cdp*, 5, 1998, pp. 143-158.

bución de analizar la constitucionalidad de las limitaciones que a ellos se impongan. De esta manera, la paradoja de la libertad se incorporó al campo de los derechos fundamentales.

No muchos años después de que fuera aprobada la Ley Fundamental Alemana, el Tribunal Constitucional empezó a utilizar el principio de proporcionalidad como un criterio para resolver esta paradoja. Como han sostenido Alec Stone Sweet y Jud Mathews, desde el punto de vista de la ciencia política, ciertos factores explican por qué el Tribunal empezó a utilizar este principio.<sup>55</sup> Primero, los componentes básicos del principio de proporcionalidad ya se encontraban presentes en la cultura jurídica alemana. Segundo, la mayoría de los jueces del Tribunal Constitucional Alemán eran académicos familiarizados con el principio de proporcionalidad. Por último, gracias que la mayoría del pueblo alemán quería dejar atrás la era Nazi, el Tribunal contaba con una enorme legitimación en su compromiso para fungir como guardián de los derechos fundamentales. Asimismo, vale la pena enfatizar que la Ley Fundamental Alemana también salvaguardaba este compromiso. La Ley Fundamental no solo reconoció un catálogo de derechos fundamentales (artículos 1 a 19, 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104), y creó el Tribunal Constitucional Federal (artículo 93 y 94), sino que también estableció dos medios de control de la constitucionalidad mediante los cuales pueden controlarse las limitaciones a los derechos fundamentales. Existe un procedimiento en abstracto para el control constitucional de leyes (artículo 93 (1) n. 2), y un procedimiento para el análisis concreto de la constitucionalidad mediante la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 100.1), y la llamada queja o amparo constitucional (*Verfassungsbeschwerde*, artículo 93 (1) n. 4a).<sup>56</sup>

En la sentencia dictada en el caso de las farmacias (*Apothekenurteil*) (del 11 de junio de 1958), el Tribunal Federal Constitucional Alemán inauguró el empleo de la doctrina de la proporcionalidad.<sup>57</sup> En este caso, un

<sup>55</sup> Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, núm. 2, p. 108.

<sup>56</sup> La queja o amparo constitucional es un procedimiento específico para la protección de los derechos fundamentales. Cualquier individuo está legitimado para denunciar la violación de sus derechos fundamentales. Este proceso faculta al Tribunal Constitucional Federal y a los otros Tribunales Constitucionales Estatales para analizar la proporcionalidad de las limitaciones de los derechos fundamentales en casos particulares.

<sup>57</sup> El Tribunal Constitucional Alemán había hecho una breve mención sobre este principio seis años antes (véase la sentencia BVerfGE 1, 167 en 178 (1952)). El caso trataba de una ley del estado de Renania del Norte-Westfalia que regulaba asuntos



farmacéutico, impugnó mediante el recurso de queja o amparo constitucional, una decisión del gobierno de Alta Baviera, expedida con fundamento en el artículo 3.1 de una ley de 1952 sobre la regulación de las farmacias en Baviera. El recurrente consideró que la negación por parte del gobierno de un permiso para la apertura de una farmacia en Traunreut vulneraba su libertad de elección profesional, garantizada por el artículo 12.1 de la Constitución. La citada ley establecía las exigencias para la apertura de toda nueva farmacia. Las exigencias se referían a la calificación del solicitante, a razones de interés sanitario y a condiciones económicas y de competencia comercial con otros establecimientos de la misma índole. La resolución administrativa recurrida se basó estrictamente en los términos de esta regulación legal.

El gobierno de Alta Baviera consideró que el interés público no exigía la apertura de una farmacia y que, por el contrario, dicha apertura restringiría en un 40% los potenciales beneficios económicos de las farmacias ya existentes, a causa de una insuficiente demanda de productos farmacéuticos. Por lo tanto, la nueva farmacia no solo carecía de viabilidad suficiente, sino que además pondría en peligro a las farmacias existentes en la zona. Para resolver este caso, el Tribunal Federal Constitucional Alemán estudió la constitucionalidad del artículo 3.1 de la Ley de Farmacias en Baviera y lo declaró inconstitucional. Después de llevar a cabo un repaso histórico sobre las razones que sustentan la necesidad de regular públicamente la apertura y el funcionamiento de las farmacias (este análisis no era otra cosa sino el análisis de la legitimidad del fin de la limitación del derecho fundamental), y después de considerar la naturaleza y alcance del derecho a elegir y ejercer una profesión, el Tribunal sostuvo que el principio de proporcionalidad era un criterio adecuado para resolver el caso. El Tribunal estableció que cuanto mayor sea la afectación en la órbita del individuo, mayor debe de ser el interés público que la justifique.<sup>58</sup> Asimismo, el Tribunal señaló que la órbita de la libertad individual solo puede ser limitada con el medio más benigno,<sup>59</sup> y enunció la teoría de los niveles de intervención legislativa en los derechos fundamentales. Según esta teoría:

El legislador debe efectuar regulaciones al artículo 12.1.2 en el nivel que implique la menor intervención en la libertad de elección de profesión, y solo

electorales. Véase Grimm, Dieter, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *U. Tor L. J.*, 57, 2007, p. 385.

<sup>58</sup> BVerfGE 7, 377 (408).

<sup>59</sup> *Ibidem*, 405.

puede pasar al siguiente nivel, cuando pueda ser evidenciado con alta probabilidad, que los peligros temidos no pueden ser conjurados efectivamente con las medidas constitucionales pertenecientes al nivel anterior.<sup>60</sup>

Esta sentencia del Tribunal Constitucional Federal inauguró la tendencia según la cual el principio de proporcionalidad constituye la piedra angular sobre la que deben descansar las decisiones de control de constitucionalidad en Alemania. En 1963, en un caso en el que se analizó el derecho a la integridad física, el Tribunal declaró que el principio de proporcionalidad debe ser aplicado en todos los casos en que el Estado limita la “esfera de libertad individual”.<sup>61</sup> El tribunal ha insistido en esta idea y ha desarrollado toda una doctrina en innumerables decisiones posteriores.<sup>62</sup> De acuerdo con esta línea jurisprudencial, cualquier intervención en un derecho constitucional que no cumpla con las exigencias del principio de proporcionalidad debe ser declarada inconstitucional.<sup>63</sup>

#### 4. *La cuarta migración: del derecho constitucional alemán al derecho comunitario europeo, y al derecho europeo de los derechos humanos*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>64</sup> y el Tribunal Europeo de

<sup>60</sup> *Ibidem*, 409, trad. del alemán de Carlos Bernal Pulido.

<sup>61</sup> BVerfGE 16, 194 at 201.

<sup>62</sup> Para un análisis de las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional Federal Alemán en materia del principio de proporcionalidad, véase Michael, Lothar, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, *JuS*, 9, 2001, pp. 866 y ss.

<sup>63</sup> Sobre el principio de proporcionalidad en el derecho alemán actual en el campo del control de la constitucionalidad, véase, entre muchos otros: Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, núm. 10, pp. 66-69, y 394-414; Alexy, Robert, “Balancing, Constitutional Review and Representation”, *I-COIN*, 3 (2005), 572-581; Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit* (n. 20); Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2007.

<sup>64</sup> Sobre el uso del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase: Arai-Takahashi, Yukata, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen-Oxford-Nueva York, Intersentia, 2001; McBride, Jeremy, “Proportionality and the European Convention on Human Rights”, en Ellis, Evelin (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 1999, pp. 23 y ss.; Letsas, George, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford J. Legal. Stud.*, 26, 2006, pp. 711 y ss.; Steven Greer, “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, *Oxford J. Legal. Stud.*,

Justicia<sup>65</sup> han seguido los pasos de la jurisprudencia alemana. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza el principio de proporcionalidad como un criterio para determinar si las limitaciones hechas por los Estados miembros del Consejo de Europa violan o no los derechos individuales protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos. Es en este contexto que el principio de proporcionalidad es particularmente relevante para determinar si los Estados han rebasado el llamado “margen de apreciación”, es decir, el espacio discrecional que tienen para implementar los derechos previstos por la Convención, en consideración de las particularidades de cada nación. El Tribunal Europeo de Justicia aplica el principio de proporcionalidad como criterio para analizar dos tipos de medidas, aquellas adoptadas por las instituciones de la Unión Europea y las medidas tomadas por los Estados miembros. En este campo, el principio de proporcionalidad es utilizado, sobre todo, como un criterio para resolver casos asociados con la legalidad de las intervenciones de los Estados miembros en las “cuatro libertades fundamentales” de la Unión Europea (libre circulación de mercancías, de trabajadores, de servicios, y de capitales),<sup>66</sup> y para analizar si las limitaciones impuestas a dichas libertades por las ins-

23, 2003, pp. 409 y ss.; Drooghenbroeck, Sébastien van, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussels, Bruylant, 2001; Fernández Nieto, Josefá, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Madrid, Dykinson, 2009; Fassbender, Bardo, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”, *Cdp*, 5, 1998, pp. 52 y ss.

<sup>65</sup> Sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, véase: Tridimas, Takis, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, caps. 3, 4 y 5; Emiliou, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law, A Comparative Study*, Londres, The Hague and Boston, Kluwer, 1996, caps. 4, 5, 6 y 7; Jacobs, Francis G., “Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law”, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, núm. 63, pp. 1 y ss.; Harbo, Tor-Inge, “The Function of the Principle of Proportionality in EU Law”, *ELJ*, (2) 16, 2010, pp. 171 y ss.; Koch, Oliver, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003; Emmerich Fritsche, Angelika, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG – Rechtssetzung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000, p. 96 f; Georgiadou, Anna N., “Le Principe de la Proportionnalité dans le Cadre de la Jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne”, *ARSP*, 4, 1995, pp. 532 y ss.

<sup>66</sup> Sobre el principio de proporcionalidad en este ámbito, véase: Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms* (Oxford: Oxford University Press, 2002) 194 s.; Jan H. Jans, ‘Proportionality Revisited’, *LIEI*, (3) 27 (2000), 239 s.; y Stefan Enchelmaier, ‘Four Freedoms, How Many Principles?’, *Oxford J. Legal. Stud.*, 24 (2004), 169 s.

tuciones comunitarias están justificadas.<sup>67</sup> También existe una mención especial al principio de proporcionalidad en el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada y proclamada en Niza (Francia) el 7 de diciembre de 2000. Este artículo establece lo siguiente:

Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deber ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.<sup>68</sup>

5. *La quinta migración: del derecho comunitario y el derecho europeo de los derechos humanos al derecho constitucional nacional de los países europeos*

La utilización del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Justicia ocasionó la migración del principio al derecho constitucional de virtualmente todos los países europeos. La causa principal es la obligatoriedad que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal comunitario tienen en las jurisdicciones nacionales. Por un lado, los tribunales constitucionales han trasplantando el principio de proporcionalidad utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al campo de la protección de los derechos nacionales. Por otro lado, los tribunales y jueces han tomado la doctrina de proporcionalidad, tal y como la ha diseñado el Tribunal Europeo de Justicia, como una

<sup>67</sup> Asimismo, el Protocolo para la implementación del Tratado de Ámsterdam sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establece lo siguiente:

“Al ejercer las competencias que le han sido conferidas cada institución... garantizará el respeto del principio de proporcionalidad, según el cual ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado”. Texto en original de la versión en español

<sup>68</sup> \*Texto original de la versión en español. Sobre la relevancia de este artículo para la protección de los derechos fundamentales dentro del marco del Derecho Comunitario, véase: Borowski, Martín, “Limiting Clauses. On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause Art. 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Leg*, 1, 2007, pp. 199-240.

manera de garantizar el principio de supremacía del derecho comunitario. Este principio consiste en que, en caso de conflicto entre normas de derecho comunitario y normas de los Estados miembros, debe prevalecer el primero.<sup>69</sup> Esto ha hecho que el principio de proporcionalidad se haya convertido en un criterio para el control de la constitucionalidad en España,<sup>70</sup> Francia,<sup>71</sup> Italia,<sup>72</sup> Portugal,<sup>73</sup> Bélgica,<sup>74</sup> Austria,<sup>75</sup>

<sup>69</sup> Sobre el principio de supremacía como una causa de la expansión del principio de proporcionalidad, véase: Favret, Jean Marc, “La Primauté du Principe Communautaire de Proportionnalité sur la Loi Nationale”, *RFDA*, 2, 1997, pp. 389 y ss.

<sup>70</sup> Véase Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit.; Gonzalez Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2003. El Tribunal Constitucional Español empezó a aplicar el principio de proporcionalidad, como lo habían desarrollado el Tribunal Constitucional Alemán, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Tribunal Europeo de Justicia a partir de la sentencia STC 66/1995. Otros fallos relevantes son las sentencias 55/1996, 161/1997, 136/1999, 261/2005, 300/2005, 327/2005, 11/2006, y 90/2006.

<sup>71</sup> Véase Goesel-le-Bihan, Valérie, “Réflexion Iconoclaste sur le Contrôle de Proportionnalité Exercé par le Conseil Constitutionnel”, *RFDC*, 30, 1997, pp. 227 y ss. Esta autora distingue entre el principio de proporcionalidad como lo había aplicado el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) hasta finales del año 1990, y la manera en que se empezó a aplicar a partir del 6 de diciembre de 1990, 10 de enero y 6 de julio de 1994. Goesel-le-Bihan sostiene que es solo en la versión más reciente del principio de proporcionalidad cuando este se entiende como un concepto formado por los sub-principios de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>72</sup> Un sector importante de los constitucionalistas italianos consideran que el principio de proporcionalidad es una expresión del principio de *ragionevolezza* (razonabilidad). Véase Morrone, Andrea, “Constitutional Adjudication and the Principle of Reasonableness”, en Bongiovanni, Giorgio *et al.* (eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 215 y ss.; Scaccia, Giuseppe, *Gli ‘strumenti’ della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 348 y ss.; Zagrebelsky, Gustavo, *Giustizia Costituzionale*, 2a. ed., Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 147 y ss.

<sup>73</sup> Véase Vaz, M. A., “O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: Arqueologia e Aplicações”, en Miranda, Jorge (ed.), *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Almedina, 1996, vol. II, pp. 323 y ss.; Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 259 y ss.; Costa Leão, Anabela, *Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso*, Coimbra, Almedina, 2001.

<sup>74</sup> Véase Brammer, Gernot, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Deutschem und Belgischem Recht*, Aachen, Shaker Verlag, 2000.

<sup>75</sup> Véase Pollak, Christiana, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungs-*

Grecia,<sup>76</sup> Suiza,<sup>77</sup> y más recientemente, en los países de Europa oriental como Bulgaria, Croacia, Lituania, Eslovaquia, Eslovenia, la República Checa,<sup>78</sup> Polonia, Estonia, Hungría, y Rumania.<sup>79</sup>

6. *La sexta migración: del derecho comunitario europeo y derecho europeo humanitario al derecho británico*

Incluso el sistema jurídico británico, a pesar de sus marcadas diferencias con el derecho continental europeo, ha participado en este proceso de convergencia en el uso del principio de proporcionalidad. Es bien cierto que la idea de razonabilidad (*reasonableness*) ha formado parte de la cultura jurídica británica al menos desde del siglo XIX.<sup>80</sup> También es cierto que, a partir del caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation* (1948),<sup>81</sup> el principio de irrazonabilidad manifiesta (*manifest unreasonableness*)

gerichtshofs, Baden-Baden, Nomos, 1991; Stelzer, Manfred, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Viena, Springer, 1991.

<sup>76</sup> El principio de proporcionalidad fue incorporado de manera expresa en el artículo 25 párrafo 1 de la Constitución de Grecia (en la reforma constitucional de 2011): “Cualquier restricción, que con base en la Constitución, pueda imponerse sobre estos derechos [los derechos del ser humano] debe de establecerse en la Constitución o en una ley, cuando se establezca en la ley, esta debe de respetar el principio de proporcionalidad”. Sobre el principio de proporcionalidad en el Derecho griego como criterio para el control de la constitucionalidad, véase Orfanoudakis, Sarantis K. y Kokota, Vasiliki, “The Application of the Principle of Proportionality in Greek and Community Legal Order: Similarities and Differences”, *HREL*, 4, 2007, pp. 691-720.

<sup>77</sup> Véase Zimmerli, Ulrich, “Schlußwort auf der 112 Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins zum Thema ‘Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht’”, *ZSR*, (II) 97 (1978), 559 s.; Furgler Kurt, “Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht”, *ZSR*, (II) 97 (1978), 555 s.

<sup>78</sup> Véase Holländer, Pavel, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Variabilität seiner Struktur?”, en Sieckmann, Jan R. (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 179-195.

<sup>79</sup> Véase Sadurski, Wojciech, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-Communist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht: Springer, 2005, pp. 266 y ss., y Sadurski, Wojciech, “Judicial Review in Central and Eastern Europe: Rationales or Rationalizations?”, *Israel L. Rev.*, (3) 42, 2009, p. 519.

<sup>80</sup> Sobre los orígenes de la idea de razonabilidad en el derecho británico, particularmente en los campos del derecho de daños, derecho administrativo, y derechos Humanos, véase Hickman, Tom R., “The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere”, *Cam. L. J.*, (1) 63, 2004, pp. 167 y ss.

<sup>81</sup> *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

se ha convertido en un criterio utilizado en el derecho administrativo. De acuerdo con este principio, los jueces solo pueden anular las decisiones discrecionales dictadas por los poderes públicos, cuando superen cierto umbral de irracionalidad, que haga incomprensible sus finalidades y su sentido. Sin embargo, solo algunos aspectos del principio de razonabilidad, en su sentido original, tienen zonas de intersección con el principio de proporcionalidad. Craig está en lo correcto cuando afirma que llegar al nivel de irracionalidad que el principio de razonabilidad presupone es en realidad bastante difícil.<sup>82</sup> El principio de irrazonabilidad manifiesta es menos estricto que el de proporcionalidad. Como Lord Ackner señaló en el caso *Brind* [1991], el principio de proporcionalidad es un “parámetro diferente y más estricto que el principio de irrazonabilidad”.<sup>83</sup>

La importación del principio de proporcionalidad en el derecho británico es una consecuencia directa de la influencia de derecho comunitario europeo.<sup>84</sup> En 1985, un *dictum* de Lord Diplock propuso “la posible adopción del principio de proporcionalidad, concepto reconocido en el derecho administrativo de otros Estados miembros de la Comunidad Económica Europea”.<sup>85</sup> No obstante, en la sentencia del caso *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind*, en 1991 la Cámara de los Lores se pronunció en contra de la importación de la doctrina de proporcionalidad en el derecho británico.<sup>86</sup>

Después del caso *Brind*, no hubo consenso entre juristas ni jueces sobre la viabilidad de la importación del principio de proporcionalidad en el derecho del Reino Unido. A pesar de ello, algunos jueces ingleses han seguido utilizando este principio e incluso lo han preferido al principio de razonabilidad. Tal y como lo ha notado Hickman, esto sucedió por ejemplo cuando la Corte de Apelaciones propuso “abandonar” el principio *Wednesbury* de razonabilidad, y en su lugar prefirió utilizar “un

<sup>82</sup> Craig, Paul, “Unreasonableness and Proportionality in UK Law”, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, n. 52, p. 94.

<sup>83</sup> *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

<sup>84</sup> Véase, entre muchos otros: Levitsky, Jonathan E., “The Europeanization of the British Legal Style”, *Am. J. Comp. L.*, 42, 1994, p. 376.

<sup>85</sup> *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] 1 AC 410.

<sup>86</sup> En este caso se analizaron ciertas directrices emitidas por el secretario del interior, que limitaban la difusión de mensajes terroristas en televisión. En particular, se ordenaba que las voces de terroristas fueran dobladas por un actor. Siete periodistas y un representante del gremio impugnaron estas medidas. Los demandantes argumentaron que restringir la difusión directa de los mensajes era desproporcionada de acuerdo con el fin perseguido, o sea, la lucha en contra del terrorismo.

principio general de proporcionalidad”.<sup>87</sup> Craig y De Búrca coinciden en que este último principio fue aplicado de manera consistente, en especial, en casos —como *IFT*<sup>88</sup> e *International Stock Exchange*<sup>89</sup>— en los que el derecho comunitario debía ser aplicado.<sup>90</sup>

Sin embargo, a finales de los años noventa, el principio de razonabilidad sufrió una transformación y experimentó un cierto grado de revitalización.<sup>91</sup> En esta nueva forma, llamada “super-Wednesbury”, el principio de irrazonabilidad exigía a los tribunales llevar a cabo un análisis más estricto de los actos administrativos. Les imponía desplegar un “escrutinio escrupuloso”, un “nivel reforzado de escrutinio” o un “control riguroso” de los mismos.<sup>92</sup> De esta manera, el principio “super-Wednesbury” ya no exigía que el acto administrativo fuera absurdo o despótico para que el juez pudiera declarar injustificada a la limitación de los derechos fundamentales en juego.<sup>93</sup> No obstante, este principio no podía garantizar el mismo nivel de protección que el principio de proporcionalidad sí ofrece. En el caso *Smith*,<sup>94</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que aun aplicando el criterio super-Wednesbury “los jueces nacionales se encontraban efectivamente impedidos para analizar si la limitación de los derechos respondía a una demanda colectiva apremiante o si era proporcionada... a los fines perseguidos”. Este fallo evidenció que la Convención Europea de Derechos Humanos exigía el uso del principio de proporcionalidad y no del criterio de razonabilidad.

<sup>87</sup> Hickman, Tom R., “The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere”, núm. 70, p. 182.

<sup>88</sup> *R. v. Chief Constable of Sussex, ex parte International Trader's Ferry Ltd* [1999] 1 All ER 129, 157.

<sup>89</sup> *International Stock Exchange case: R. v. International Stock Exchange, ex parte Else* [1992] BCC 11.

<sup>90</sup> Craig, Paul, “Unreasonableness and Proportionality in UK Law”, núm. 81, p. 89. Véase también: Grainne de Búrca, “Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on U.K. Law”, *EPL*, (3) 4, 1997, pp. 577 y ss.

<sup>91</sup> Craig, Paul, “Unreasonableness and Proportionality in U.K. Law”, núm. 81, p. 95.

<sup>92</sup> Sobre la aplicación del criterio de “super-Wednesbury” en materia de derechos humanos, véase Hickman, Tom R., “The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere”, núm. 70, pp. 185 y ss.

<sup>93</sup> Sobre este y otros criterios de razonabilidad en materia judicial, véase Le Sueur, Andrew, “The Rise and Ruin of Unreasonableness”, *JR*, 10, 2005, pp. 39 y ss.

<sup>94</sup> *Smith & Grady v. United Kingdom* (App 33985/96 and 33986/96) [1999] 29 E.H.R.R. 493, at 138



La promulgación de la Ley de Derechos Humanos de 1998 robusteció la aplicación del principio de proporcionalidad. Esta ley preparó el camino para que la doctrina de proporcionalidad constantemente utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fuera relevante para las decisiones de las autoridades y jueces del Reino Unido. El artículo 6o. de esta ley establece que “se considerará ilegal el actuar de cualquier autoridad pública [a excepción del Parlamento] que sea incompatible con los derechos previstos por la Convención”.<sup>95</sup> El artículo 2o. le otorga valor vinculante en el Reino Unido a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que los tribunales británicos “deben considerar cualquier sentencia, declaración u opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre que sea necesario interpretar un derecho de la Convención”. Por lo tanto, las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —incluyendo aquellas que exponen la doctrina del principio de proporcionalidad— son una fuente de derecho.<sup>96</sup>

Como consecuencia de estos cambios, en el caso *Daly*, la Cámara de los Lores aceptó expresamente el criterio de proporcionalidad como un principio del derecho público británico, en especial, en lo concerniente con la aplicación de los derechos de la Convención.<sup>97</sup> Después de distinguir entre el principio de proporcionalidad y el principio de irrazonabilidad, Lord Steyn aseguró que era “importante que los casos que involucran los derechos de la Convención se analicen de la manera adecuada”, o sea, mediante el principio de proporcionalidad. Los demás jueces concordaron con su opinión. Desde entonces, muchos otros casos han aplicado la doctrina enunciada en esta sentencia.<sup>98</sup>

<sup>95</sup> Como lo prevé el artículo 1o. de la Ley de Derechos Humanos, “Los Derechos de la Convención son: los derechos y libertades fundamentales enunciados en (a) Artículos 2 a 12 y 14 de la Convención [Europea de Derechos Humanos], (b) Artículos 1 a 3 del Primer Protocolo, y (c) Artículos 1 y 2 del Sexto Protocolo, en relación con los Artículos 16 y 18 de la Convención”.

<sup>96</sup> Véase Feldman, David, “Proportionality and the Human Rights Act”, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, núm. 63, p. 121. Véase también Hickman, Tom R., “The Substance and Structure of Proportionality”, *PL*, 4, 2008, p. 694.

<sup>97</sup> *Regina v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26

<sup>98</sup> Véase, entre muchos otros: *R. v Shayler* [2002] UKHL 11; *A. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56; *R. (on the application of Begum) v Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15 y *Huang v Secretary of State for Home Department* [2007] UKHL 11.

### III. UNA JUSTIFICACIÓN DE LA MIGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A TRAVÉS DE EUROPA

#### 1. *La necesidad conceptual del principio de proporcionalidad*

La segunda parte de este ensayo analiza las posibles razones que pueden justificar las diferentes migraciones del principio de proporcionalidad a través de Europa. Es factible justificar las migraciones y los préstamos constitucionales con base en razones fuertes o débiles.<sup>99</sup> Alusiones al derecho natural<sup>100</sup> y al *Ius Gentium*<sup>101</sup> representan razones fuertes para justificar el préstamo de instituciones constitucionales o de conceptos ligados a los derechos fundamentales. Por ejemplo, que un derecho sea un derecho natural fundamental, o que exista un reciente consenso mundial acerca de su validez moral y legal, sería una razón en sentido estricto, que podría justificar que un tribunal lo importara a un sistema jurídico.<sup>102</sup> Razones débiles podrían ser que los tribunales nacionales quisieran unirse a un diálogo jurisprudencial cosmopolita con tribunales de otras naciones. El propósito de este préstamo constitucional sería motivar una reflexión normativa acerca de la idoneidad de instituciones locales a la luz de un estudio comparativo con alternativas extranjeras.<sup>103</sup>

Una razón fuerte que puede justificar la migración del principio de proporcionalidad se puede inferir de la idea que este principio es conceptualmente necesario para el control de la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Es posible aludir a esta razón como la tesis de la necesidad conceptual. Esta tesis sostiene que una proposición necesariamente verdadera acerca de la naturaleza misma de los

<sup>99</sup> Véase Perju, Vlad, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, núm. 24, p. 1324.

<sup>100</sup> Sobre la posible justificación con base en el derecho natural, véase Alford, Roger P., "In Search of a Theory for Constitutional Comparativism", *UCLA L. Rev.*, 52, 2004-2005, pp. 659 y ss.

<sup>101</sup> Sobre la posible justificación gracias al *Ius Gentium*, véase Waldron, Jeremy, "Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*", *Harvard Law Review*, 119 (1), 2005, p. 139.

<sup>102</sup> Cabe destacar, claro está, que la plausibilidad de estos razonamientos depende de la presunción de que efectivamente exista el derecho natural o el *Ius Gentium*.

<sup>103</sup> Véase Perju, Vlad, "Comparative Constitutionalism and the Making of a New World Order", *Constellations*, 12, 2005, pp. 464 y ss.

derechos fundamentales es que éstos tienen que ser aplicados por medio del principio de proporcionalidad. Si esta tesis fuera correcta, ello significaría que en todo momento y lugar en que existan derechos fundamentales, los jueces tendrían que aplicarlos por medio del principio de proporcionalidad.<sup>104</sup> Si la tesis de la necesidad conceptual fuera verdadera entonces, una vez que los derechos fundamentales son reconocidos en un sistema jurídico, trasplantar el principio de proporcionalidad no solo sería una acción justificable sino inevitable. Si los derechos fundamentales necesariamente implicaran el uso del principio de proporcionalidad, entonces, sería imposible protegerlos sin utilizar este criterio. Utilizar el principio de proporcionalidad no sería obligatorio sino imprescindible. La proporcionalidad sería un criterio de aplicación forzosa. Esto tendría a su vez un impacto en la justificación en abstracto del uso del principio de proporcionalidad, en especial, en lo que se refiere al problema de la legitimidad. La necesidad conceptual del principio de proporcionalidad significaría que el uso de este principio no podría ser considerado ilegítimo. Bastaría que un Estado promulgara una declaración de derechos fundamentales y facultara a los jueces para aplicarlos, para que estos no solo pudieran sino que necesitaran utilizar el principio de proporcionalidad. Como conclusión, el préstamo del principio de proporcionalidad sería una consecuencia necesaria de la institucionalización de los derechos fundamentales en una jurisdicción.

*A. El principio de proporcionalidad como un conjunto de condiciones suficientes y necesarias para la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales*

Puede haber al menos dos versiones de la tesis de la necesidad conceptual. Una versión estricta de esta tesis puede inferirse de lo sostenido por Aharon Barak, cuando afirma que “[cualquier] restricción de un derecho fundamental... será constitucionalmente permisible si, y solo si, es proporcionada”.<sup>105</sup> Esta proposición equivale a sostener que el principio

<sup>104</sup> Para un uso similar de la noción de necesidad conceptual utilizada en el debate sobre la naturaleza del derecho, véase Joseph Raz, “Can There Be a Theory of Law?”, en Golding, M. P. y Edmundson, W. A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2005, pp. 324 y 325, y Alexy, Robert, “On the Concept and the Nature of Law”, (21) 3 *RJ*, 2008, p. 284.

<sup>105</sup> Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, núm. 2, p. 3. Barak afirma: “La constitucionalidad de la limitación, en otras palabras, se determina por su proporcionalidad”.

de proporcionalidad establece condiciones necesarias y suficientes para la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Si esta proposición fuera verdadera, entonces existiría una doble implicación de suficiencia y necesidad entre las exigencias de la proporcionalidad y las exigencias para la constitucionalidad de las limitaciones de los derechos fundamentales. Una limitación sería constitucional si y solo si satisface las exigencias del principio de proporcionalidad. La satisfacción de estas exigencias implicaría necesariamente la constitucionalidad de la limitación. Bastaría que una de estas exigencias no se cumpliera para considerar la limitación como inconstitucional. De ello se seguiría que no podría controlarse la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales sin aplicar el principio de proporcionalidad. A la vez, todos los supuestos y elementos del control de constitucionalidad de dichas limitaciones se podrían reducir a la aplicación del principio de proporcionalidad.

La versión estricta de la tesis de la necesidad conceptual no parece plausible. Cada uno de los sub-principios de proporcionalidad establece, en efecto, una condición necesaria para la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Si una limitación incumple con cualquiera de las exigencias expresadas en los sub-principios, debe ser considerada como una violación del derecho fundamental que limita; por tanto, deberá declararse inconstitucional. No obstante, los sub-principios de la proporcionalidad no expresan ni conjunta ni separadamente condiciones suficientes de constitucionalidad. Las limitaciones de los derechos fundamentales pueden ser inconstitucionales por otras razones, por ejemplo, por contradecir de forma expresa el texto constitucional o porque haya existido una irregularidad de cierta entidad en el proceso legislativo o administrativo que condujo a la promulgación del acto que limita los derechos fundamentales. Asimismo, existen supuestos de control constitucional que no exigen ni implican el uso de la proporcionalidad. Ejemplos de ello se encuentran en la solución de casos fáciles con fundamento en reglas constitucionales concretas, *verbi gratia*, la imposición de una limitación a un derecho fundamental sin contar con las mayorías parlamentarias que algunas Constituciones existen para la aprobación de limitaciones de esta naturaleza, la atribución a los órganos de seguridad del Estado del poder para torturar detenidos en contra de una disposición constitucional que literalmente lo prohíba, o la ampliación legislativa del plazo en el que las personas detenidas deben de ser llevadas ante la presencia de un juez.

B. *Las implicaciones necesarias entre el principio de proporcionalidad, los principios y los derechos fundamentales*

Una versión menos estricta de la tesis de la necesidad conceptual se encuentra desplegada en la obra de Alexy, particularmente, de su artículo “Constitutional Rights and Proportionality”. Alexy no sugiere que todo el control de constitucionalidad pueda reducirse a un análisis de proporcionalidad. Este autor reconoce que existen normas de derechos fundamentales que pueden aplicarse mediante de un ejercicio de subsunción. Alexy denomina a este tipo de disposiciones “reglas” y las contrapone a los “principios”.<sup>106</sup> No obstante, Alexy sostiene que “existe una implicación necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”.<sup>107</sup> A pesar de que Alexy no cataloga esta implicación como una conexión conceptual, algunos de sus argumentos llevan a concluir que dicha implicación tiene este talante.

La tesis de Alexy contiene dos elementos. La primera parte consiste en el postulado que afirma que existe una clase de normas constitucionales, los principios, que tienen una conexión necesaria con el principio de proporcionalidad. Los principios son “mandatos de optimización” que exigen que la protección del derecho fundamental que institucionalizan se lleve a cabo en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.<sup>108</sup> Según Alexy, cada uno de los sub-principios del principio de proporcionalidad expresa la idea de optimización:

Los principios, como mandatos de optimización, exigen un grado de optimización respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y necesidad exigen una optimización en relación con las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una optimización frente a las posibilidades jurídicas.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> Sobre la diferencia entre reglas y principios, y su aplicación, respectivamente, mediante la subsunción y la ponderación, véase Robert, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, núm. 10, pp. 44 y ss., y Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *RJ* 16 (4), 2003, pp. 433-449.

<sup>107</sup> Alexy, Robert, “Constitutional Rights and Proportionality”, *China Yearbook of Constitutional Law*, 2010, p. 221. Tiene traducción al castellano de Jorge Portocarrero como “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *REDC* 91, 2011, pp. 11 y ss.

<sup>108</sup> Sobre el concepto de los principios, véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, núm. 10, pp. 47-49.

<sup>109</sup> Alexy, Robert, “Constitutional Rights and Proportionality”, núm. 106, p. 222.

Este razonamiento implicaría que existe una conexión necesaria entre el principio de proporcionalidad y los principios. La segunda parte de la tesis de Alexy pretende demostrar que además existe una conexión necesaria entre principios y derechos fundamentales. Si este segundo elemento de la tesis fuera correcto, entonces, como consecuencia, Alexy habría demostrado que los derechos fundamentales implican conceptualmente la utilización del principio de proporcionalidad, o, en otras palabras, que es imposible controlar la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales sin utilizar la proporcionalidad.

La existencia de una necesaria conexión conceptual entre principios y derechos fundamentales implicaría que en cualquier momento y en cualquier lugar en el que existan derechos fundamentales, necesariamente algunos de ellos tendrían la estructura normativa de principios y deberían, entonces, ser aplicados por medio del principio de proporcionalidad. La existencia de esta conexión implicaría algo que, recientemente, Matthias Jestaedt ha rechazado, esto es, que la teoría de los principios de Alexy es una “teoría metodológica universal y un elemento esencial de los derechos fundamentales”.<sup>110</sup> Jestaedt reconoce que, en algunas prácticas concernientes a los derechos fundamentales, existe una necesidad de ponderar.<sup>111</sup> No obstante, a su parecer, de ello no se sigue que los derechos fundamentales sean, en su propia esencia, principios.

En su réplica, Alexy considera que Jestaedt propone una versión que puede denominarse como la tesis de la contingencia. De acuerdo con la tesis de la contingencia, la conexión entre principios y proporcionalidad, por un lado, y entre principios y derechos fundamentales, por otro lado, depende en exclusiva la decisión específica que las autoridades políticas —sobre todo, los autores de la Constitución—. <sup>112</sup> Entonces, los derechos fundamentales tendrían la estructura de principios solo si los autores de la Constitución los diseñan como tales en el derecho positivo o establecen como obligatorio el uso del criterio de proporcionalidad para la protección de los derechos.

Alexy cuestiona la tesis de la contingencia con un argumento que apoya la versión débil de la tesis de la necesidad conceptual. El razonamien-

<sup>110</sup> Jestaedt, Matthias, “The Doctrine of Balancing- its Strengths and Weaknesses”, en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 159 y 172.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>112</sup> Alexy, Robert, “Comments and Responses”, en *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, núm. 110, pp. 332 y 333.

to establece que los derechos fundamentales tienen una naturaleza dual. Los derechos fundamentales forman parte del derecho positivo. Sin embargo, también tienen una naturaleza ideal que “se mantiene, más allá de su positivización”. En su naturaleza ideal, ellos son derechos humanos morales y abstractos, “principios sustantivos” que el poder constituyente convirtió en derecho positivo.<sup>113</sup> Como derechos abstractos que “se refieren simple y llanamente a objetos como libertad e igualdad, vida y propiedad, libertad de expresión y la protección de la personalidad”, estos objetos, inevitablemente colisionan entre sí. Esto se explica porque la práctica de aplicación de los derechos fundamentales debe necesariamente solucionar las colisiones entre estos derechos humanos abstractos con el estatus ontológico de principios sustantivos. Finalmente, el principio de proporcionalidad es necesario para resolver dichas colisiones. Estas razones tocantes a la naturaleza de los derechos humanos, como principios abstractos sustantivos transformados en derecho positivo, hacen que el uso de proporcionalidad sea necesario para cualquier práctica de aplicación de los derechos fundamentales.

La postura defendida por Alexy da lugar a dos críticas. Ambas van dirigidas a la segunda parte de su tesis. Si se me permite, las llamaré, respectivamente, la crítica ontológica y la crítica metodológica. La crítica ontológica consiste en que la postura de Alexy se basa fundamentalmente en la existencia de “principios sustantivos” detrás de los derechos fundamentales. Sin lugar a dudas, la existencia de estos principios sustantivos probaría que hay una conexión conceptual necesaria entre principios y derechos fundamentales. Además, existen razones lingüísticas que hablarían a favor de la existencia de dichos “principios sustantivos”. El hecho de que las disposiciones constitucionales se refieran a conceptos como los de igualdad, libertad o debido proceso, podría justificar la afirmación de que efectivamente exista algo llamado principio sustantivo de igualdad, libertad o debido proceso. Estos principios serían el objeto de las proposiciones expresadas por las disposiciones constitucionales. Ellos existirían en algo similar al Tercer Reino de Frege.<sup>114</sup> Sin embargo, la tesis de Alexy no puede persuadir ni a escépticos que no descreen en esta idea, ni

<sup>113</sup> *Ibidem*, pp. 333 y 334.

<sup>114</sup> Según Gottlob Frege, los pensamientos expresados por proposiciones tienen una existencia objetiva. Su existencia es independiente de la concepción que de ellos tengamos en nuestra mente. Frege defiende la idea de que los pensamientos existen en un “tercer reino” el cual es independiente de los reinos mentales y físicos. Véase Frege, Gottlob, “Über Sinn und Bedeutung”, *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 100, 1892, pp. 25-50.

a escépticos de la existencia de los derechos humanos como entidades morales abstractas pre-positivas y sustantivas.<sup>115</sup> La mayoría de los teóricos actuales de los derechos humanos sostienen que estos derechos no existen objetivamente, sino que son el objeto de proposiciones éticas que promueven perspectivas acerca de qué derechos deben ser protegidos jurídicamente.<sup>116</sup> La tesis de Alexy tampoco tiene capacidad de convencer a estos teóricos. Por lo tanto, sería deseable encontrar una justificación para el uso de la proporcionalidad que pudiera aglutinar un consenso más extendido. Esta tesis constituiría una base más robusta para la tesis de la necesidad del principio de proporcionalidad y, de esta manera, para justificar la migración de este principio.

La crítica metodológica consiste en afirmar que aun si existiera un consenso acerca de la existencia de los principios sustantivos subyacentes a las disposiciones constitucionales, de ello no se sigue necesariamente que las colisiones deban ser resueltas mediante la proporcionalidad. Puede haber, y de hecho las hay, prácticas constitucionales que utilizan herramientas metodológicas alternativas para resolver estas colisiones. El principio de proporcionalidad no es el único instrumento jurisprudencial disponible para la aplicación de los derechos fundamentales. La lista de criterios alternativos incluye: el análisis categórico utilizado en casos relativos a la primera enmienda de la Constitución estadounidense, el análisis concerniente a la existencia de un contenido esencial de derechos fundamentales (*Wesensgehalt*), las llamadas teorías internas de los derechos fundamentales desarrollada por parte de la doctrina constitucional alemana y utilizada por un sector de la jurisprudencia, la doctrina británica atinente a la irrazonabilidad y otros criterios del derecho de igualdad que se utilizan en el derecho constitucional estadounidense.<sup>117</sup>

La existencia de estas prácticas probaría el hecho de que no hay una conexión conceptual necesaria entre los derechos fundamentales y el prin-

<sup>115</sup> La crítica de Bentham en contra de los derechos naturales es un conocido ejemplo de este escepticismo. Véase Bentham, Jeremy, "Anarchical Fallacies", en Bowring, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, London y Edimburgh, Simpkin, Marshall & Co., 1838-1843 (reimpreso en Nueva York, Russell & Russell, 1962, vol. 2, vers. 230 y 730).

<sup>116</sup> Sobre estas teorías, véase Steiner, Hill, "Moral Rights", en Copp, David (ed.), *Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 460.

<sup>117</sup> Sobre los criterios jurisprudenciales alternativos al principio de proporcionalidad, véase Barak, Aharon, "Proportionality and Principled Balancing", *cit.*; Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, caps. 3 y 4.



cipio de proporcionalidad.<sup>118</sup> Puede haber, y efectivamente hay, protección de los derechos fundamentales sin el uso del principio de proporcionalidad. Esto significaría que la necesidad de la tesis de la necesidad conceptual no justifica la migración de la doctrina de proporcionalidad. Como consecuencia, no sería plausible sostener que es necesario importar el principio de proporcionalidad siempre que se quiera desarrollar una práctica de aplicación de derechos fundamentales mediante el control de constitucionalidad.

## *2. La necesidad normativa del principio de proporcionalidad*

Con base en el análisis de las seis migraciones estudiadas en la primer parte, a continuación propongo una justificación, si se quiere más débil, para el trasplante del principio de proporcionalidad. El análisis demuestra que varias razones pueden justificar cada migración (A). No obstante, existe un común denominador a todas ellas, a saber, el uso del principio de proporcionalidad para resolver diferentes expresiones de la paradoja de la libertad. Basándome, en este punto en común, defenderé la idea de que el principio de proporcionalidad es normativamente necesario para la protección de los derechos fundamentales (B). Esta necesidad supera las críticas que pudieran asociarse con el trasplante del principio de proporcionalidad.

### *A. Algunas justificaciones particulares para la migración de la proporcionalidad a través de Europa*

Diversas razones justifican el hecho de que los tribunales europeos, las Constituciones de los países de la región, y los tratados de la Unión hayan hecho suyo el principio de proporcionalidad. Lo que, en la primera migración, justificó la institucionalización de la idea filosófico-política del principio de proporcionalidad en el derecho prusiano de policía, tal como Svarez la había pergeñado, fue la idoneidad de las exigencias asociadas a la proporcionalidad para resolver la paradoja de la libertad. Estas exigen-

<sup>118</sup> Una refutación a este argumento puede ser que las prácticas constitucionales basadas en estos criterios alternativos esconden o enmascaran las exigencias del principio de proporcionalidad. No puedo discutir aquí esta línea argumentativa. Alec Stone Sweet y Jud Mathews sugieren algo similar respecto a diversos criterios del derecho constitucional estadounidense. Véase “All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing”, *Emory Law Journal*, (60) 4, 2011, pp. 799-875.

cias representaron una solución para la tensión creada cuando, por un lado, se autorizaba a la policía para limitar la libertad y, al mismo tiempo, se ordenaba que la libertad estuviese protegida frente a las limitaciones que se le impusieran. La solución consistía en que el poder de la policía para limitar la libertad solo podía extenderse a lo necesario.

En la segunda migración, la omnipresencia de la paradoja de la libertad en el derecho administrativo justificó la difusión de la proporcionalidad a lo largo de esta área del derecho. No solo las fuerzas policíacas sino todas las autoridades administrativas tenían competencias para limitar las libertades individuales. Sin embargo, la intensidad de cada limitación debía perseguir un fin legítimo, y solo podía extenderse en cuanto fuera necesario.

La constitucionalización de la paradoja de la libertad justificó la tercera migración de la proporcionalidad. La transformación de la libertad en un catálogo de derechos fundamentales en la Ley Fundamental Alemana (1949), y en las posteriores Constituciones de Europa continental de la posguerra, justificaron que los tribunales constitucionales hicieran suyo el principio de proporcionalidad, con el objeto de otorgar la más amplia protección a los derechos fundamentales después del holocausto. El prestigio y la legitimidad asociados a la proporcionalidad fueron factores determinantes en esta migración, así como en las migraciones cuarta y quinta.<sup>119</sup> El Tribunal Federal Constitucional Alemán, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Justicia y otros tribunales constitucionales europeos (tales como el español y el portugués) buscaban usar el principio de proporcionalidad, a fin de romper con el reciente pasado autoritario, en un compromiso rotundo con la mayor protección posible de los derechos fundamentales y humanos.<sup>120</sup>

Razones análogas justificaron la cuarta migración, la cual fue una consecuencia de la institucionalización de la libertad en la forma de derechos en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la forma las cuatro libertades fundamentales de la Unión Europea. Además, la flexibilidad del principio de proporcionalidad, que permite a los jueces analizar las razones que juegan a favor de limitar los derechos, justificó su uso por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el objeto de

<sup>119</sup> Sobre este factor, como justificación de los trasplantes judiciales, véase Perju, Vlad, "Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations", *cit.*, pp. 1321 y ss.

<sup>120</sup> Como lo subraya Vicki C. Jackson, la idea del principio de proporcionalidad capta la intención de alcanzar la justicia en relación con el ejercicio de poderes políticos y la libertad de los individuos. Véase *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 63.

evaluar si los Estados miembros habían sobrepasado el margen de apreciación.

Finalmente, las migraciones quinta y sexta encuentran su justificación en la supremacía del derecho europeo comunitario y el efecto vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A fin de garantizar el cumplimiento por parte de los Estados con las obligaciones derivadas de la Convención Europea de Derechos Humanos, y de normas legales y reglamentarias del derecho comunitario, los tribunales constitucionales y supremos nacionales hicieron suyo el principio de proporcionalidad para analizar las limitaciones sobre derechos convencionales y europeos.<sup>121</sup>

### B. *Un común denominador*

Estas diversas justificaciones para la migración del principio de proporcionalidad a través de diferentes contextos tienen un punto en común. Se trata del empleo de la proporcionalidad con el objeto de resolver varias expresiones de la paradoja de la libertad. Esta paradoja filosófico-política tiene lugar en el derecho administrativo, en el derecho constitucional, en el derecho europeo de derechos humanos y en el derecho europeo comunitario. En todas estas áreas, las autoridades están facultadas para limitar los derechos y, al mismo tiempo, proteger estos derechos de limitaciones. Los jueces utilizan el principio de proporcionalidad para garantizar que las limitaciones sean legítimas, idóneas, necesarias y moderadas.

Indudablemente, es también posible emplear criterios alternativos para resolver la paradoja de la libertad. Los análisis categóricos y las teorías internas de los derechos fundamentales restringen el ámbito normativo de los derechos a un contenido restringido, de tal manera que las autoridades políticas están facultadas para llevar a cabo cualquier acción siempre y cuando no tenga que ver con las posiciones jurídicas protegidas en dicho ámbito.<sup>122</sup> El contenido esencial de los derechos (*Wesensgehalt*) es-

<sup>121</sup> Consultar, por ejemplo, el caso *Lustig-Prean and Beckett v United Kingdom* [1999] ECHR. Para un análisis de este caso, véase Kumm, Matthias, “What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements”, *cit.*, pp. 137 y ss.

<sup>122</sup> Sobre el control de los derechos fundamentales por medio de análisis categóricos (con especial referencia al derecho estadounidense), véase Barak, Aharon, “Proportionality (2)”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, *cit.*, pp. 752 y ss. Sobre las llamadas teorías internas de los derechos fundamentales véase Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990, p. 23.

tablece un contenido mínimo de cada derecho, que no puede ser objeto de limitación alguna.<sup>123</sup> Finalmente, el principio de razonabilidad permite toda clase de limitaciones a los derechos, a menos que éstas traspasen cierto umbral de irracionalidad que las haga inadecuadas e incomprensibles.

En este punto surge una interesante pregunta: ¿existe alguna justificación para el hecho de que los tribunales europeos hayan trasplantando el principio de proporcionalidad y no algún otro de estos criterios alternativos?

A continuación defenderé la tesis según la cual, la justificación de este hecho estriba en que el principio de proporcionalidad es normativamente necesario para la protección de los derechos fundamentales. Para fundamentar esta tesis, quisiera ofrecer el siguiente argumento en tres pasos y la conclusión que de ellos deriva:

- i) Es necesario normativamente adoptar un medio si se cumplen dos condiciones: 1) Que sea el mejor medio para alcanzar un fin, o que sea el mejor medio disponible para alcanzar un fin (y el medio no esté prohibido), y 2) que el fin deba ser perseguido.<sup>124</sup>
- ii) La protección de los derechos fundamentales tiene lugar en ciertas circunstancias particulares en las que los jueces deben velar por ciertos valores (fines) derivados del constitucionalismo, la democracia deliberativa y el Estado de derecho.
- iii) Existen diversos criterios (medios) disponibles que los jueces pueden emplear para velar por estos valores. En comparación con las alternativas, el principio de proporcionalidad alcanza el fin perseguido en el mayor grado posible (es el mejor medio para dicho fin).

Conclusión: Si se tiene en cuenta que (iii) cumple la condición (i-1) y (ii) la condición (i-2), el uso del principio de proporcionalidad es normativamente necesario para la protección de los derechos fundamentales.

Una explicación de (ii) y (iii) es la siguiente:

<sup>123</sup> Para una explicación y crítica de esta teoría, véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional, cit.*, pp. 192 y ss.

<sup>124</sup> El principio kantiano, según el cual: “Quien quiere el fin quiere los medios” puede dar ciertas bases teóricas para este concepto de la necesidad normativa sobre el que no puedo abundar en este artículo. Sobre este principio, véase: Immanuel Kant, “Foundations of the Metaphysics of Morals”, trans. L. W. Beck, *Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy*, Chicago, University of Chicago Press, 1949, p. 417.

ii) Las circunstancias de aplicación de los derechos fundamentales

a) La protección de los derechos humanos tiene lugar bajo ciertas circunstancias.<sup>125</sup> Estas circunstancias incluyen los siguientes hechos:

(1) Los derechos fundamentales son el resultado de la positivización de los ideales políticos de libertad e igualdad en la forma de disposiciones constitucionales.

(2) Las disposiciones de los derechos fundamentales son vagas, ambiguas, evaluativamente abiertas y tienen textura abierta, por cuanto son el resultado de fórmulas dilatorias. Su alcance y contenido se refiere a la manera en que la comunidad política protegerá la libertad y la igualdad. No obstante, los redactores de la Constitución no definieron de manera precisa dicho alcance y contenido, como señalara Carl Schmitt, mediante una “determinación objetiva”. En lugar de eso, los constituyentes utilizaron fórmulas dilatorias capaces de incluir “todas las pretensiones contrapuestas”.<sup>126</sup>

(4) Estas fórmulas dilatorias dan lugar a colisiones entre pretensiones contrapuestas que los tribunales deben resolver para proteger los derechos fundamentales.

(5) De (1), (2), (3) y (4) se sigue que puede haber incertidumbre y desacuerdos en cuanto al contenido y alcance de los derechos fundamentales y en la manera en que se resuelve su colisión.<sup>127</sup>

(6) En una democracia, el legislador tiene en principio la competencia para determinar el contenido y el alcance de los derechos y resolver las colisiones. La manera en que lo hace es mediante la introducción de limitaciones a los derechos fundamentales.

(7) Si existe control de constitucionalidad, los jueces están facultados para analizar las limitaciones a los derechos fundamentales en el contexto de desacuerdos descrito en (5); esto implica que los jueces deban tomar decisiones respecto de las distintas pretensiones en colisión.

<sup>125</sup> Estas circunstancias son análogas a las circunstancias de justicia de John Rawls. Véase *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 109. En una sociedad constitucional, existe una continuidad entre las circunstancias de justicia y las circunstancias del control de la constitucionalidad. No puedo explorar esta continuidad en el presente artículo.

<sup>126</sup> Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, Durham, Duke University Press, 2008, p. 85.

<sup>127</sup> Waldron, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale L. J.*, 115, 2006, pp. 1346-1406.

(8) Los jueces necesitan utilizar criterios jurídicos, como el principio de proporcionalidad u otros criterios alternativos, para fundamentar sus decisiones respecto del contenido de los derechos fundamentales, las colisiones entre ellos y la validez de las limitaciones que el legislador ha impuesto a los derechos.

Dadas estas circunstancias, es imposible imaginar la existencia de algún criterio objetivo para la protección de los derechos fundamentales, es decir, un criterio que otorgue respuestas que no den lugar a incertidumbre o a desacuerdos. Esto no solo es cierto respecto del principio de proporcionalidad sino de los criterios alternativos. No obstante, esto no implica que todo lo que queda es arbitrariedad o decisionismo. En los sistemas jurídicos europeos (y en otras naciones), la protección de los derechos fundamentales en la Constitución va de la mano de ciertos valores que emanan del constitucionalismo, la democracia deliberativa y el Estado de derecho. Esos valores son racionalidad, imparcialidad, no arbitrariedad, previsibilidad de las decisiones futuras, respeto por la separación de poderes, legitimidad en el ejercicio del control de constitucionalidad, y la prioridad de los derechos fundamentales.

La democracia deliberativa implica los valores de racionalidad e imparcialidad. Las decisiones políticas que resuelven problemas de coordinación social y moral son legítimas cuando se adoptan mediante un proceso de deliberación que tiene en cuenta todos los argumentos relevantes. Dentro de dicho proceso, es necesario justificar todas las decisiones políticas y adoptarlas dentro de un intercambio público de argumentos “defendidos por todos los participantes que defienden los valores de racionalidad e imparcialidad”, y en el que todos los afectados por la decisión puedan participar de manera directa o indirecta por medio de sus representantes.<sup>128</sup> En este contexto, el principio de imparcialidad exige otorgar “una adecuada consideración a los intereses de todos los posibles afectados”,<sup>129</sup> y el principio de racionalidad se refiere a ciertas exigencias que deben cumplir las decisiones judiciales. Aunque no existe un consenso acerca de estas exigencias, es generalmente aceptado que para ser racional, una decisión judicial debe ser justificada conforme a

<sup>128</sup> Elster, Jon, “Introduction”, *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 8. Véase también Gutma, Amy y Thompson, Dennis, *Why Deliberative Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 3.

<sup>129</sup> Sobre el concepto de imparcialidad, y su crítica: Jollimore, Troy, “Impartiality”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011, en <http://plato.stanford.edu/entries/impartiality/> (09.09.2013).

derecho. Esto sucede cuando la justificación se expresa de manera conceptualmente clara y en términos consistentes, y cuando se cumplen las exigencias de respaldo por premisas completas y exhaustivas, respeto de lógica y de las cargas de la argumentación que sean relevantes.<sup>130</sup>

El Estado de derecho implica el principio de no arbitrariedad, previsibilidad de las decisiones de los jueces y de las autoridades políticas, el respeto a la separación de poderes y la imparcialidad. De acuerdo con el principio del Estado de derecho,<sup>131</sup> las decisiones judiciales de protección de los derechos fundamentales no pueden ser arbitrarias. Ellas deben poder fundamentarse en razones plausibles. Además, deben ser previsibles, de tal manera que individuos y autoridades puedan conocer el derecho aplicable. Aunado a ello, deben respetar la integridad de las competencias de las autoridades políticas.<sup>132</sup> En particular, las decisiones judiciales deben ser el resultado de un ejercicio legítimo del Poder Judicial que respete los márgenes de discrecionalidad de los representantes del pueblo en la toma de decisiones políticas. En una democracia representativa, la legitimidad asociada con la representación política mitiga la falta de certeza acerca de la idoneidad de las decisiones políticas, y acerca de las valoraciones normativas y empíricas relevantes que la adopción de tales decisiones implica. Por último, en el constitucionalismo, la protección de los derechos fundamentales tiene prioridad sobre otros bienes e intereses políticos colectivos e individuales.

iii) La proporcionalidad como el mejor criterio

Esto nos conduce al último paso del argumento. El uso de este criterio faculta a los jueces para velar por los valores antes mencionados en mayor grado, en comparación con otros instrumentos.

En este punto el argumento que defiende la necesidad normativa del principio de proporcional se basa en la justificación en abstracto de su

<sup>130</sup> Véase Bernal, Carlos, “The Rationality of Balancing”, *cit.*

<sup>131</sup> Sobre la afirmación según la cual el Estado de derecho excluye la arbitrariedad, véase: Krygier, Martin, “Rule of Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, núm. 1, pp. 235 y 241. Véase también: Allan, T. R. S., “Constitutional Rights and the Rule of Law”, en *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, *cit.*, p. 137.

<sup>132</sup> T. R. S. Allan sostiene que cuando el Estado de derecho se interpreta como un principio del constitucionalismo, implica el principio de separación de poderes. Véase *Constitutional Justice: a Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, cap. 2.

utilización y en la crítica a los instrumentos alternativos.<sup>133</sup> Existe una importante literatura acerca de estos dos aspectos. El principio de proporcionalidad protege la prioridad de los derechos fundamentales en mayor grado que el principio británico de razonabilidad.<sup>134</sup> Más aun, a diferencia del criterio de razonabilidad, el principio de proporcionalidad tiene una estructura argumentativa racional y transparente.<sup>135</sup> El principio de proporcionalidad es también más imparcial y transparente que los análisis categóricos y que las teorías internas de los derechos fundamentales. Es un criterio con una estructura que de forma abierta tiene en cuenta todas las razones jurídicas, metodológicas y morales a favor y en contra de la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales, así como los intereses de todas las partes que pueden verse afectadas por dicha limitación.<sup>136</sup> De esta manera, el principio de proporcionalidad permite que haya una crítica informada de las decisiones judiciales. A su vez, este principio impide decisiones arbitrarias atinentes a los derechos. Los jueces y las autoridades políticas deben justificar las limitaciones a los derechos fundamentales una vez que hayan considerado todos los argumentos e intereses en juego.<sup>137</sup> Por el contrario, las teorías categóricas e internas, y la idea de los derechos como triunfos, se preocupan únicamente por uno de los factores relevantes en el análisis de constitucionalidad, esto es, determinar si la esfera de la libertad que ha sido limitada por

<sup>133</sup> Sobre esta defensa, véase Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* cit., pp. 482-516.

<sup>134</sup> Como sostuvo Lord Diplock, en el caso *GCHQ*, el criterio de razonabilidad exige una clase de irracionalidad que solo puede tener lugar en una “decisión que sea tan atroz en su oposición con la sana lógica y la moral, que ninguna persona sensata pudiera haber llegado a esa conclusión”. La exigencia de este grado extremo de irracionalidad socava la prioridad de los derechos fundamentales. Véase *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, 1985, 1 AC 410.

<sup>135</sup> Véase Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 375 y ss., 460 y ss.

<sup>136</sup> Véase Möller, Kai, “Proportionality: Challenging the Critics”, *I-COJ*, (3) 10 (2012) 717, 726; Panaccio, Carles-Maxime, “In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication”, *Can. J. L. Juris.*, 24, 2011, pp. 109-128; Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, cit., p. 77.

<sup>137</sup> Véase Kumm, Matthias, “The Idea of Socratic Constestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review”, *L&EHR*, (1) 4, 2010, pp. 142-175.



el Estado se encuentra o no protegida por algún derecho fundamental.<sup>138</sup> Asimismo, las teorías absolutas del contenido esencial de los derechos reducen el análisis de constitucionalidad a la pregunta de si existe una limitación de dicho contenido. El análisis conceptual del lenguaje de la Constitución no puede dar cuenta ni de cuál es el contenido de los derechos fundamentales ni puede abarcar una deliberación acerca de todas las razones concernientes a la constitucionalidad de sus limitaciones.<sup>139</sup> Paradójicamente, el uso de análisis conceptual para estos fines lleva a una menor protección de los derechos fundamentales.<sup>140</sup> Además, el principio de proporcionalidad es más respetuoso de la separación de poderes y la democracia representativa, y hace posibles que las autoridades judiciales lleven a cabo el control de constitucionalidad en una manera más legítima que los criterios alternativos. La estructura del principio de proporcionalidad permite la inclusión de un análisis de los márgenes de discrecionalidad de las autoridades políticas.<sup>141</sup> Asimismo, el principio de proporcionalidad alienta un diálogo entre los jueces, el legislador y el ejecutivo.<sup>142</sup>

Por último, el empleo continuo del principio de proporcionalidad da lugar a resultados previsibles. Con el tiempo, las decisiones judiciales que utilizan este criterio construyen una red de precedentes que dan cuenta de las razones por las que cierto tipo de medidas son inadecuadas, innecesarias o desproporcionadas en sentido estricto. Esto permite que los derechos fundamentales sean aplicados de manera consistente y coherente.

Por otra parte, en la necesidad normativa del principio de proporcionalidad tiene un mayor peso las objeciones que el trasplante de este principio puede suscitar. Su necesaria conexión normativa con valores ba-

<sup>138</sup> Tushnet, Mark, “Comparative Constitutional Law”, en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2006), 1251.

<sup>139</sup> Véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 192 y ss.

<sup>140</sup> Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 515 y ss.

<sup>141</sup> Sobre el desarrollo de una teoría del principio de proporcionalidad dentro de los márgenes discrecionales del juez, véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 394 y ss.; Rivers, Julian, “Proportionality and Discretion in International and European Law”, Tsagourias, N. (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 108, y Klatt, Matthias y Schmidt, Johannes, “Epistemic Discretion in Constitutional Law”, *I·CON*, (1) 10, 2012, pp. 69-105.

<sup>142</sup> Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 465 y ss.

sados en el constitucionalismo, democracia y el Estado de derecho hace poco plausible considerar que la migración de este principio sea contraria la democracia, o que sea solo una estrategia judicial para manipular el contenido de la Constitución. Finalmente, la naturaleza estructural del principio de proporcionalidad permite que surjan diferentes concepciones de este principio que se ajusten a distintos contextos.<sup>143</sup> Esto hace posible reconocer márgenes nacionales de discrecionalidad específicos a cada jurisdicción,<sup>144</sup> así como también, que este criterio pueda usarse de consuno con otros criterios y conceptos jurídicos locales que no le sean incompatibles.<sup>145</sup>

<sup>143</sup> Por ejemplo, véase una comparación entre el principio de proporcionalidad canadiense y alemán en: Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *cit.*

<sup>144</sup> Sobre proporcionalidad y específicos márgenes discrecionales, véase Rivers, Julian, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, núm. 65, 2006, p. 175.

<sup>145</sup> Para una defensa de este tipo, véase Kumm, Matthias, “What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements”, *cit.*, pp. 137 y ss.

## NO ES SOLO LA REPRESENTACIÓN, SINO TAMBIÉN EL CONTROL

Paloma BIGLINO CAMPOS\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La representación: una noción puesta en cuestión desde sus orígenes*. III. *Las ficciones de la democracia representativa*. IV. *Algunos problemas de la teoría y la práctica del referéndum*. V. *La iniciativa popular: una institución sin operatividad*. VI. *Conclusiones: mejorar la representación y el Estado de derecho*.

### I. INTRODUCCIÓN

Desde sus propios orígenes, la democracia representativa ha sido objeto de polémica. Las críticas se han agudizado en los últimos tiempos: en algunos casos, como es España, como consecuencia de la crisis financiera; en otros, paradójicamente, como resultado del crecimiento económico, factor que impulsa a reivindicar mejoras, no solo en el ámbito social, sino también en la esfera política.

En mi país, el manifiesto “Democracia real, ya”, que inspiró al movimiento 15 M es un buen ejemplo.<sup>1</sup> En la parte que nos interesa, el documento parte de una visión del deber ser de la democracia, en la que ésta, por partir del pueblo, debe consistir en el gobierno del pueblo. En la realidad diaria, sin embargo, “la mayor parte de la clase política ni siquiera nos escucha”, por estar demasiado ocupada en enriquecerse “y medrar a nuestra costa atendiendo tan solo a los dictados de los grandes poderes económicos”. Ante esta situación, el remedio debería ser que la clase política llevara la voz de las personas “a las instituciones, facilitando la participación política ciudadana mediante cauces directos y procurando el mayor beneficio para el grueso de la sociedad”.

Las recientes movilizaciones sociales en Chile, Brasil y Perú tienen, entre sí, caracteres muy diferentes. A pesar de ello, presentan ciertos ele-

\* Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid.

<sup>1</sup> <http://www.democraciarealya.es/manifiesto-comun/>.

mentos comunes. En efecto, las protestas ciudadanas se centran en exigir que la democracia sea algo más que elecciones periódicas. Desde esta perspectiva se critican desde las tendencias privatizadoras en educación hasta la corrupción en el ámbito público, pasando por la “repartija” de los cargos en las instituciones de control entre las fuerzas políticas.

Aunque, para algunos, estas reivindicaciones son necesarias, justo es reconocer que no resultan demasiado originales y, desde luego, distan de ser perturbadoras. De un lado, en muchas ocasiones, no se pone en cuestión el carácter representativo de la democracia, sino la manera en que se ejerce la representación, porque exige que los elegidos cumplan mejor la misión para la que han sido designados, esto es, servir a los intereses generales y no a los particulares. Pero de otro, dichas exigencias inciden en las limitaciones de la representación, reivindicando cauces directos de la participación.

El objetivo de estas páginas es analizar algunos de estos planteamientos críticos. Como veremos a continuación, ciertas objeciones son casi inevitables, porque derivan de la propia naturaleza de la representación, que sigue llena de ambigüedades. En otros casos, lo que se denuncia no es el propio sistema representativo, sino su mal funcionamiento. En estos casos, la solución no pasa, a mi entender, por articular nuevas formas de participación ya que, como demuestra el caso español y otros recientes del continente americano, las instituciones de democracia directa o participativa no son ninguna panacea. Cuando los problemas obedecen a la patología, y no a la fisiología, de la representación, lo que hay que hacer es perfeccionar la representación y no sustituirla.

Como antes se señalaba, el problema es tan antiguo que puede considerarse inherente a la aparición del concepto de representación contemporánea. No es este el momento de llevar a cabo un análisis histórico profundo de esta afirmación, por lo que me voy a limitar a citar algunos hechos históricos, más con la intención de poner un ejemplo de la afirmación que acabo de realizar que de hacer auténtica historia.

## II. LA REPRESENTACIÓN: UNA NOCIÓN PUESTA EN CUESTIÓN DESDE SUS ORÍGENES

Es cierto que la idea de representación que tenemos en la actualidad no nace de manera repentina ni durante la Revolución francesa.<sup>2</sup> Pero tam-

<sup>2</sup> La noción ya estaba consolidada en Inglaterra, aunque con las peculiaridades

bién es verdad que fue durante ese proceso histórico cuando recibió la formulación teórica que tuvo mayor influencia en el derecho público continental. Además, es al inicio del periodo revolucionario cuando dicha noción se “escenifica”.

Recordemos los hechos. El 17 de junio de 1789 los representantes del tercer Estado deciden someter a votación la denominación de la nueva cámara que quieren constituir: a iniciativa de Sieyès, pero con términos de Legrand, deciden llamarse Asamblea Nacional. Tres días más tarde, una vez reunidos en la sala del *Jeu de paume*, juran no volverse a separar hasta que la Constitución del reino no esté establecida y afirmada sobre fundamentos sólidos.

En tres días culmina, así, una revolución política que tendrá grandes implicaciones teóricas. La idea había sido ya expuesta por Sieyès en *¿Qué es el Tercer Estado?*<sup>3</sup> Frente a las reuniones por separado de los tres estamentos se reivindicaban la reunión conjunta en una sola cámara. Frente al voto por estamento, se reivindicaba el voto por cabeza. Además, se quería la duplicación del voto, para que el número de representantes del tercer Estado fuera igual a la suma de los otros dos.

La primera reunión de la Asamblea nacional supone que, en la práctica, se abandone la idea de representación medieval y se fragüe la idea contemporánea de representación. Los principios se consolidan en la Constitución de 1791 que afirma, tajantemente, que todos los poderes emanan de la nación y solo pueden ejercerse por delegación de esta. Con una fórmula que responde a la monarquía constitucional, todavía dual, “La Constitución francesa es representativa: los representantes son el cuerpo legislativo y el rey”.<sup>4</sup>

Pues bien, esta noción de representación nace ya sometida a profundas críticas. El argumento central contra ella había sido expuesto por Rousseau en *El contrato social*. Al hablar de la soberanía había afirmado que esta no puede ser representada. La voluntad general “es ella misma o es otra: no hay término medio”.<sup>5</sup>

derivadas, entre otros factores, de la negativa a reconocer otra soberanía que no obedeciera a la fórmula de *The King in Parliament*, expresión que conlleva la negación de la soberanía nacional o popular. Sirva como ejemplo la claridad con la que es expuesta por E. Burke en su famoso “Discurso a los Electores de Bristol”, pronunciado en 1774.

<sup>3</sup> Introducción, traducción y notas de Francisco Ayala, Madrid, 1979, pp. 29 y ss.

<sup>4</sup> Título III, art. 2.

<sup>5</sup> Así, el autor afirma “los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser, sus representantes; no son sino sus comisarios; no pueden acordar nada definitivamente.

Para intentar conciliar las dos visiones de la democracia, el artículo 6o. de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano reconoce a estos últimos el derecho a participar en la formación de la ley, no solo a través de representantes, sino también directamente. Poco después, el proyecto de Constitución girondina de 1793, presentado el 15 y 16 de febrero, da otro paso en la misma dirección cuando aparece, por primera vez en un texto escrito y con formulación moderna, la iniciativa popular para convocar un referéndum.<sup>6</sup>

La noción era de Condorcet, principal autor del texto. La idea central, introducida en el título VIII del proyecto, titulado expresivamente “De la censura del pueblo sobre los actos de la representación nacional y del derecho de petición”, era atribuir a los ciudadanos el derecho a instar la derogación, reforma o aprobación de las leyes, la Constitución o los actos de administración general, solicitando que fueran sometidos a votación popular.<sup>7</sup>

El texto era respetuoso con el cuerpo legislativo, dado que le correspondía tomar la decisión. Si al final del proceso se producía una identidad de voluntades (en la medida en que el cuerpo legislativo, estimando o rechazando la *réquisition*, hubiese representado eficazmente al pueblo) el tema no era sometido a referéndum. Este se concebía solo a iniciativa de los ciudadanos, para resolver el conflicto entre ambas posturas. En caso de que la opinión del cuerpo legislativo fuese rechazada por el electorado, habiendo perdido la confianza de los ciudadanos, estaba obligado a disolverse.<sup>8</sup>

Toda ley no ratificada en persona por el pueblo es nula; no es una ley. El pueblo inglés cree ser libre: se equivoca mucho; no lo es sino durante la elección de los miembros del Parlamento; pero tan pronto como son elegidos es esclavo, no es nada. En los breves momentos de su libertad, el uso que hace de ella merece que la pierda”. (Rousseau, J. J., *El contrato social*, trad. de F. de los Ríos Urruti, Madrid, 1969, p. 112.

<sup>6</sup> Sobre este asunto, Mercier, A. C., “Le référendum d’initiative populaire: un traîr méconnu du génie de Condorcet”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2003, núm. 55, pp. 482-512. En España, Santamaría, J., “Participación política y democracia directa”, *Estudios de Ciencia Política y Sociología. Homenaje al profesor Carlos Ollero*, Madrid, 1972, pp. 746 y 747, y Aguiar de Luque, L., *Democracia directa y Estado constitucional*, Madrid, 1977, p. 46.

<sup>7</sup> Tampoco el referéndum es una innovación de la Revolución francesa. Recordemos que algunas de las Constituciones de los nuevos Estados norteamericanos fueron sometidos a referéndum (por ejemplo, en Massachusetts), hecho que también se dio con la Constitución federal de 1787 (sometida a referéndum, por ejemplo, en Rhode Island).

<sup>8</sup> El texto del proyecto aparece en <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1793pr.htm#8>.

Aunque el proyecto no prospera, la idea permanece. El artículo 10 del texto definitivo de la Constitución de 1793 reconoce al pueblo el derecho a deliberar acerca de las leyes. En consecuencia, se establece un procedimiento para que los ciudadanos insten la votación popular de una ley aprobada por el cuerpo legislativo. Esa otra visión de la democracia se pone de manifiesto en un hecho: el propio texto de la Constitución fue sometido a votación en julio de 1793, a pesar de la situación de guerra en la que Francia se encontraba.

### III. LAS FICCIONES DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Los acontecimientos históricos que se acaban de relatar ponen de manifiesto las dificultades que entraña la propia noción de representación contemporánea. El principal argumento contra la misma sigue siendo el de Rousseau, esto es ¿por qué delegar nuestro derecho a decidir, si podemos gobernarnos por nosotros mismos?

A esta pregunta hay que añadir las complejidades que entraña la idea de representación, que sigue siendo ardua de captar, no solo para cualquier ciudadano sino para la propia teoría de la democracia. Su mayor complejidad deriva de que dicha noción resulta del juego combinado de varias ficciones, esto es, de aparentar lo que realmente no es, para extraer las mismas consecuencias que se hubieran producido de haber sido.

La idea central de la que es preciso partir es tan elemental que, a veces, se olvida. Consiste en recordar que la representación se opone a la identidad. Como en el teatro, se representa porque los auténticos personajes de la acción, esto es, todos los ciudadanos, no pueden estar presentes en la escena.

Las razones que se aducen para negar que el protagonista de un sistema democrático —esto es, el pueblo— pueda tomar decisiones directas son de muy distinto tipo y van desde la división del trabajo hasta la imposibilidad física de reunir a todos en la misma ágora. Sea cual sea el fundamento por el que se justifique la representación, esta supone que, como en el derecho civil del que trae sus orígenes, unos actúen por cuenta o encargo de otros.

Tuve ocasión de analizarlo en “La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 18, enero-abril de 1987, pp. 78 y ss.

Este contenido entraña ya una ficción porque, aún quien no tiene derecho a elegir representante, va a estar representado. Así fue durante mucho tiempo con quienes no estaban inscritos en el censo de propiedad, después con las mujeres y sigue siendo todavía con los menores. Es lo que, en alguna circunstancia histórica, se denominó representación virtual.<sup>9</sup>

Cuando se elige una asamblea parlamentaria, sigue siendo preciso “fingir” que la voluntad de la mayoría de sus miembros es la voluntad del órgano. Esta ficción, cuyos primeros orígenes se remontan al derecho romano, sigue conservando ecos de la misteriosa transustanciación que, en la obra de Rousseau, experimentaba la voluntad de todos para transformarse en voluntad general. Además, hoy en día, esta ficción sigue siendo necesaria pero no es suficiente, porque en las democracias contemporáneas, la legitimidad exige sumar, a la regla de la mayoría, el respeto a los derechos de la minoría. Y una vez presupuesto todo esto, queda por imputar la voluntad de la asamblea representativa (es decir, en la práctica y en la mayor parte de las ocasiones, la voluntad de la mayoría) a todo el cuerpo electoral, es decir, también a todos aquellos que han votado una opción política distinta a la de la mayoría.

Y aún queda otra pregunta por hacer, que también afecta a las elecciones unipersonales. ¿Cómo exigimos responsabilidad a los representantes? Si no podemos revocarles (que es lo que exigiría realmente la propia lógica de la representación, al menos en el ámbito privado) ¿por qué tenemos que soportar la imputación de sus actos, si no estamos de acuerdo con su gestión, dado que no hacen lo que prometieron o hacen lo que no habían prometido? Para exigir responsabilidad, no parece que la idea de transparencia sea suficiente garantía, sino un requisito previo, porque nos permite conocer la actuación del representante. Pero una vez que sabemos lo que se ha hecho, por qué seguir soportando una gestión de lo público que nos parece inadecuada, durante todo el tiempo que dure el mandato?

Generalmente, justificamos la mayor parte de estas construcciones resaltando que, frente al antiguo mandato medieval, el mandato actual es general, es libre y no revocable. Pero hay que reconocer que esto no es una explicación, sino solo una descripción de lo que hay.

<sup>9</sup> Esta noción, utilizada por G. Grenville, se generalizó sobre todo al final de la dominación británica con respecto a la población de los territorios del otro lado del Atlántico. Frente a la reivindicación colonial de tener su propia representación en Westminster, la metrópoli argumentaba que los miembros del Parlamento de Londres no representaban solo a sus electores sino, virtualmente, a todos los ciudadanos del imperio. Sobre el tema, Kromkowski, Ch. A., *Recreating the American Republic: Rules of Apportionment, Constitutional Change and American Political Development*, Cambridge, 2002, pp. 66, 126 y 127.



En realidad, no es posible fundamentar la democracia representativa en términos de justicia, o de equidad. La única explicación que podemos darle es histórica y, sobre todo, funcional. En primer lugar porque, tal y como citó W. Churchill en la Cámara de los Comunes,<sup>10</sup> la democracia es el peor de todos los sistemas posibles, prescindiendo de todos los demás. Esta afirmación, aunque ya muy manida, sigue siendo cierta porque todavía no se ha demostrado lo contrario. Pero además porque, al día de hoy, la democracia representativa ha demostrado ser la única compatible con otros principios del Estado constitucional y la que menos peligros genera para la libertad. Pero de esto se hablará más adelante.

Por ahora, me interesa resaltar que todas las ficciones y paradojas de la representación generan incompreensión e incitan a muchos a buscar alternativa. No es de extrañar que algunos piensen que lo mejor es prescindir de la representación para que el pueblo se gobierne directamente a sí mismo.

#### IV. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA DEL REFERÉNDUM

Como ya había ocurrido en la Revolución francesa, la insatisfacción con la representación ha hecho que algunos ordenamientos contemporáneos intenten aproximar al pueblo a la toma de decisiones manteniendo las formas de representación clásica, pero corregidas con la introducción de instituciones de democracia directa o participativa. Por eso, algunos sistemas han incorporado el referéndum (o la iniciativa de referéndum) y la iniciativa legislativa popular.

Más adelante tendremos ocasión de analizar el funcionamiento práctico del referéndum en España. Por ahora, es preciso resaltar algunas de las ventajas e inconvenientes de esta forma de participación.

A su favor suele decirse que la adopción directa de la decisión por parte de los ciudadanos evita las posibles distorsiones que los representantes puedan provocar en la correcta formación de la voluntad popular. En su contra se han utilizado diferentes argumentos.

Así, y en primer lugar, se reprocha que puedan ser fácilmente instrumentalizados. En caso de que el ejecutivo convoque el referéndum, se afirma que éste puede degenerar en un plebiscito que refuerza a dicho

<sup>10</sup> En la sesión de 11 de noviembre de 1947.

poder por estrechar su vínculo directo con el pueblo. Ejemplos de estos problemas pueden ser algunas de las reformas constitucionales en América Latina, aprobadas por votación popular y destinada a suprimir límites a la reelección presidencial.<sup>11</sup> En otras ocasiones, se denuncia la marginación del parlamento, único órgano que representa también a las minorías. El caso más reciente de este tipo de críticas son las ocasionadas cuando la Presidencia brasileña propuso un referéndum de reforma del sistema político en mayo de este año, de la que finalmente desistió precisamente por falta de apoyo en el Congreso, único autorizado para convocar este tipo de consultas.

También existen problemas cuando el referéndum obedece a la iniciativa popular. En efecto, en algunas ocasiones, puede servir para que una fuerza política minoritaria movilice a todo el electorado sobre temas que carecen de interés para la mayoría, pero que pueden ser rentables a medio plazo para la fuerza política que impulsa el referéndum, al prestarles una plataforma para difundir su ideario y mejorar sus expectativas electorales. Este es, al menos, el reproche formulado contra alguno de los sesenta y seis referéndums abrogativos celebrados en Italia desde la entrada en vigor de la Constitución.<sup>12</sup>

En cualquier caso, sea cual sea la institución con poder de convocar el referéndum, es difícil que el electorado se atenga estrictamente a valorar la norma o decisión política sometida a votación, porque suele suceder que la oposición aproveche la ocasión para someter a escrutinio popular la gestión global del ejecutivo y la orientación política de la mayoría.

A estos problemas hay que añadir las dificultades que la democracia directa suscita desde un punto de vista conceptual. Es cierto que respeta uno de los requisitos del Estado social y democrático actual, ya que su-

<sup>11</sup> Así sucedió, por ejemplo, en Venezuela, en febrero de 2009, Bolivia en enero de 2009 o Ecuador en septiembre de 2008. Una excepción a esta tendencia es Colombia, donde la Corte Constitucional, en sentencia C-41/10, consideró que un referéndum acerca de la reelección presidencial modificaría las formas de gobierno y de democracia previstas en la norma fundamental.

<sup>12</sup> Conviene recordar, por ejemplo, que entre el 15 de junio de 1997 y 22 de junio de 2009 ninguno de los 29 referéndums convocados superaron el quorum de participación exigido. Es más, en las votaciones celebradas el 21 y 22 de junio de 2009, la participación bajó hasta un 23%, aproximadamente. Esta tendencia cambió de manera significativa en 2011. Aunque la participación no superó el 55%, prosperó la propuesta de derogar cuatro normas, siendo una de ellas la Ley sobre “Il legittimo impedimento del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri a comparire in udienza penale, quale risultate a seguito della Sentenza n. 23 del 2011 della Corte Costituzionale” (<http://elezionistorico.interno.it/index.php?tpel=F&dtel=12/06/2011>).

pone el gobierno de la mayoría, pero dejan de lado otro de los principios básicos del Estado democrático contemporáneo, esto es, el pluralismo político. Por eso, y sin mayores limitaciones, las instituciones de democracia directa pueden conducir a la tiranía de la mayoría. Hay que tener presente, además, que cuando el pueblo gobierna sin intermediarios resulta imposible cumplir con otro de los principios básicos del Estado de derecho, esto es, la división de poderes.

Los principios que se acaban de enunciar (pluralismo y división de poderes) surgen con la aparición de la democracia representativa. Y no se trata de una mera casualidad histórica. En primer lugar, porque solo los órganos de carácter representativo pueden ser plurales y capaces de expresar las distintas opciones ideológicas existentes en el conjunto del cuerpo electoral. En segundo lugar porque, aunque el parlamento sea el único órgano que representa a todo el pueblo soberano, ostenta solo uno de los poderes del Estado. Los demás, sobre todo el Ejecutivo, aunque también sometidos a control, actúan a su vez como “freno y contrapeso” del Poder Legislativo.

En España, los últimos casos de referéndum ponen de manifiesto algunos de los problemas que se acaban de mencionar.<sup>13</sup> A partir de las disposiciones constitucionales y de lo establecido en la L.O. 2/80, del 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, la doctrina suele resaltar la similitud entre el tipo de referéndum previsto en el artículo 92 de la Constitución Española y algunas formas de plebiscito. En efecto, la figura recogida en dicho artículo no versa sobre normas, sino sobre decisiones políticas de especial trascendencia. Además, su realización es decidida por el presidente del gobierno con cierta dosis de libertad, aunque con previa autorización del Congreso de los Diputados. Por último, y al menos formalmente, la decisión popular carece de carácter vinculante.

Pues bien, las dos únicas ocasiones en que se ha utilizado esta forma de democracia directa han servido para poner de manifiesto las dificultades que suscita. Así ocurrió la primera vez, en 1986, cuando el gobierno promovió el referéndum para decidir la permanencia de España en la OTAN, medida que supuso diferir al electorado la adopción de una polémica decisión de política exterior que resultaba de la imposibilidad de cumplir un programa electoral.

<sup>13</sup> Sobre este asunto, resulta de interés la encuesta publicada en *Teoría y Realidad Constitucional*, num. 30, 2012, pp. 11-54, con las respuestas de José Luis Cascajo Castro, Eloy García, Joan Oliver Araujo e Ignacio Torres Muro.

En la segunda ocasión, cuando en 2005 se sometió a referéndum la conveniencia de ratificar el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, el debate que marcó la campaña distó de versar sobre el contenido de dicho texto. El interés por utilizar el referéndum en contra del gobierno que lo había convocado impidió que los partidos políticos plantearan claramente sus posturas sobre la integración y que los ciudadanos tuvieran un conocimiento claro sobre el proyecto de Constitución. La participación fue, como veremos, escasa y, por problemas similares, acontecidos en Francia y en Holanda, la idea de elaborar una Constitución para Europa fue finalmente abandonada.

El ordenamiento español recoge otros tipos de referéndum que resultan más pacíficos que el previsto en el artículo 92. Se trata del previsto para la reforma de los Estatutos de Autonomía y para la propia modificación de la Constitución. No tenemos experiencia sobre este último tipo de votaciones, aunque hemos conocido diferentes referéndums sobre las normas institucionales básicas de las comunidades autónomas.

El hecho de que este tipo de consultas sean vinculantes y de obligada celebración, así como que versen sobre normas, hacen que provoquen menos críticas y que su convocatoria suscite menos polémicas. Aun así, este tipo de referéndums no ha dejado de suscitar algunos problemas. En efecto, ha sido objeto de controversia la manera en que debía articularse la autorización del Estado para su celebración y quién debía ser la autoridad que convocara la votación.<sup>14</sup> Se ha discutido, también, si la legislación electoral aplicable es la del Estado, o las normas propias de la Comunidad Autónoma.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Uno de los más recientes fue el referéndum sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, que se celebró el 18 de junio de 2006. El resultado fue de 73,90% votos a favor, 20,76% en contra y 5,34% votos en blanco. Posteriormente, el referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía se celebró el 18 de febrero de 2007. El resultado fue una victoria del 'sí', con el 87,45% de los votos. En ambos casos, la convocatoria correspondió al Presidente de la Comunidad Autónoma, ya que se entendió que la aprobación de ambos textos por medio de Ley Orgánica incluía implícitamente la autorización estatal.

<sup>15</sup> La Junta Electoral Central, en el acuerdo del 24 de mayo de 2006 consideró de aplicación el artículo 50.2 de la LOREG, que impide promover la participación, frente a la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 18/2000, del 29 de diciembre, por la que se regula la publicidad institucional, cuyo artículo 8.3 permitía a los poderes públicos hacer campaña institucional para incentivar el voto. El Tribunal Supremo, en el Auto del 6 de junio de 2006 confirmó posteriormente el mismo criterio. Aún sin entrar en el fondo del asunto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo sostuvo que no se trataba de unas elecciones autonómicas, sino de un referéndum

A pesar de las diferencias que median entre el referéndum consultivo del artículo 92 CE y los que afectan a la reforma de los Estatutos de Autonomía, la experiencia de la última década pone de manifiesto un rasgo en común. Este consiste en la falta de participación ciudadana. En efecto, en el referéndum sobre la Constitución Europea participó solo el 41.8% y en el que afectó a la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 el 48.9%. En el caso de la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007, la participación se situó en tan solo el 35.9%. La doctrina ha puesto de manifiesto la contradicción que existe entre una opinión pública cada vez más favorable a la utilización del referéndum como instrumento destinado a incorporar a los ciudadanos a la toma de decisiones políticas y la realidad de estas últimas consultas, en las que no acudió a las urnas la mayoría del electorado.<sup>16</sup>

Por último, no cabe olvidar que en el sistema jurídico español y a parte de los que afectan a los Estatutos de Autonomía, es posible convocar referéndums en ámbitos territoriales inferiores al nacional, como es, por ejemplo, el propio de una comunidad autónoma o un término municipal.

Desde el principio, este tipo de consultas han estado rodeadas de polémicas. La primera, y sin duda, la más importante, se originó cuando el Parlamento Vasco dictó la Ley 9/2008, “de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política”. La votación no llegó a realizarse porque fue suspendida por el Tribunal Constitucional mediante la STC 103/2008, dictada a instancias del Gobierno que había que impugnado la disposición haciendo invocación expresa del efecto previsto en el artículo 161.2 CE.

sobre la modificación de un Estatuto. El artículo 1o. de la LO 2/1980, reguladora de las distintas modalidades de referéndum, especifica su propio ámbito de aplicación, que se extiende a las diferentes modalidades de referéndum, incluidos los de reforma de las normas institucionales de las Comunidades Autónomas, a los que se refiere expresamente el artículo 10 de la misma ley. Por eso, las limitaciones que el artículo 50.1 de la LOREG impone a las campañas institucionales resultan también de aplicación. Sobre este asunto, Biglino Campos, P., “La legislación electoral estatal y el margen del legislador autonómico”, en Gálvez Muñoz (dir.), *El derecho electoral de las comunidades autónomas. Revisión y mejora*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 11-42.

<sup>16</sup> Sobre el tema, Cabeza, L. y Gómez Fortes, B. “Referéndums sin ciudadanos. El caso del referendo para la reforma del Estatuto de Autonomía andaluz”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 130, 2010, pp. 11-40.

Muy polémicas han sido, también, las consultas populares que, en distintas oleadas y desde 2009<sup>17</sup> se han convocado en Cataluña a nivel municipal. En las mismas se sometía a votación que dicho territorio fuera un “estado de derecho, independiente, democrático y social, integrado en la Unión Europea”.

Estos acontecimientos ponen de manifiesto que, en España al menos, la democracia directa plantea otros problemas añadidos a los antes mencionados y que afectan a la distribución de competencias. Seguramente, otros ordenamientos de corte federal plantean problemas similares que, a veces, no son fáciles de resolver porque afectan al propio fundamento del poder público, esto es, a la manera de concebir al pueblo. La solución no será la misma cuando hay un solo pueblo y este es el de la federación, que cuando el pueblo de la federación resulte ser la suma de los pueblos de los Estados.

En España, el artículo 149. 1.32 reserva al Estado la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum. Esto no supone que tanto en el ámbito autonómico como en el local no puedan celebrarse consultas populares o referéndums.<sup>18</sup> Significa solo que, en determinados supuestos, será preciso el consentimiento de la entidad central.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de aclarar la dimensión de esta exigencia<sup>19</sup> y la ha limitado al caso del referéndum en sentido estricto, es decir, cuando el sujeto es el cuerpo electoral y este actúa sometido a las formas y garantías propias del procedimiento electoral. La autorización del Estado no es precisa, pues, cuando se trata de otros tipos de consultas populares, como son encuestas, audiencias públicas o foros de participación. También ha precisado que, cuando se trata de referéndum, la regulación afecta al derecho fundamental de participación política, por lo que ha de tener rango de ley orgánica estatal.

En la actualidad esta norma es la LO 2/1980, sobre la regulación de las distintas modalidades de referéndum. La aplicación práctica de dicha disposición durante los más de treinta años que lleva en funcionamiento

<sup>17</sup> La primera fue la que se celebró en Arenys de Munt el 13 de septiembre de 2009. Una buena información acerca de las sucesivas oleadas de consultas que se sucedieron en 2010 y 2011, en [http://ca.wikipedia.org/wiki/Consultes\\_sobre\\_la\\_independ%C3%A8ncia\\_de\\_Catalunya#Suport\\_institucional](http://ca.wikipedia.org/wiki/Consultes_sobre_la_independ%C3%A8ncia_de_Catalunya#Suport_institucional).

<sup>18</sup> Es más, el artículo 71 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local y algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía reconocen expresamente esta posibilidad.

<sup>19</sup> En las SSTC 103/2008 y 31/2010.

ha puesto de manifiesto muchas de sus limitaciones. Es una de las primeras leyes orgánicas elaboradas tras la aprobación de la Constitución por lo que no tiene debidamente en cuenta el posterior desarrollo del Estado de las Autonomías. Además, remite la regulación de algunas importantes cuestiones, como es la campaña, a la regulación prevista en la Ley Orgánica de Régimen Electoral, sin tener en cuenta las diferencias que hay entre un referéndum y unas elecciones. En efecto, mientras que el primero afecta a una norma o a una decisión política de especial trascendencia, las segundas son una competición en las que se ventila el acceso al poder de los contendientes.

## V. LA INICIATIVA POPULAR: UNA INSTITUCIÓN SIN OPERATIVIDAD

Las instituciones de democracia participativa nacieron para completar la representación, dado que, por ser más adaptables, no sustituyen el protagonismo que corresponde a las instituciones en la adopción de actos o el dictado de normas jurídicas.

La iniciativa legislativa popular o el derecho de petición, por ejemplo, son cauces a través de los cuales los ciudadanos expresan sus propuestas y opiniones en la formación de la voluntad de los poderes públicos. Están, pues, a medio camino entre las instituciones de democracia representativa y las de democracia directa. Frente a lo que ocurre en las primeras, la determinación del contenido de la disposición o acto no corresponde únicamente al órgano, sino que puede ser el resultado de la iniciativa o de la colaboración de los ciudadanos. A diferencia de la democracia directa, las instituciones de democracia participativa no atribuyen la capacidad de decisión a los ciudadanos, sino que el acto o disposición final es adoptado por las entidades representativas, que tan solo deben tener en cuenta, de manera más o menos vinculante, la opinión expresada por los representados.<sup>20</sup>

La ventaja de este tipo de instituciones es que, como antes se señalaba, son fácilmente compatibles con la representación, porque no pretenden atribuir la capacidad de decisión al cuerpo electoral. En la medida que no resultan polémicas, permiten atribuir mayor protagonismo a los ciu-

<sup>20</sup> Esta noción parte de la expuesta por Pizzorusso, A., “Democrazia partecipativa e attività parlamentare”, en varios autores, *Parlamento, Istituzioni, Democrazia*, Milán, 1980, p. 133.

dadanos sin suscitar los problemas que generan las formas de democracia directa que antes se han analizado. De ahí su generalización, hecho que se pone de manifiesto, por ejemplo, en su recepción en el ordenamiento europeo. Aunque el derecho de petición<sup>21</sup> ya existía con anterioridad, la iniciativa ciudadana se introdujo, con el Tratado de Lisboa, en el artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Al igual que ocurre en los algunos países miembros, como es el caso de España, este tipo de proposición no vincula al órgano ante el que se deposita sino que la Comisión, en el caso de la Unión, igual que el Parlamento, en los sistemas nacionales, pueden aceptarla o rechazarla. El TFUE deja claro este extremo al indicar que es una manera de “invitar” a la institución europea a que presente una propuesta para la elaboración de un acto de naturaleza jurídica.<sup>22</sup>

Si bien es pronto para valorar la figura, los requisitos establecidos para la presentación y el procedimiento de tramitación hacen complicado que este tipo de iniciativas prosperen.<sup>23</sup> Es fácil, por tanto, que la iniciativa ciudadana corra una suerte similar a la iniciativa legislativa popular prevista en el artículo 87. 3 de la Constitución Española.

<sup>21</sup> Su configuración en el nuevo artículo 24 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) no se distingue demasiado de la que ya existía en el artículo 21 del Tratado de la Comunidad Europea. Hay que reconocer que, como ocurre en los Estados miembros, este derecho tiene un ámbito muy limitado. En efecto, solo permite dirigirse a los poderes públicos para solicitar algo que esté dentro de su ámbito de competencia, sin que éstos se vean forzados a acceder a la petición, sino solo a tomarla en consideración, dando acuse de recibo. En el TFUE, como ya sucedía con anterioridad, se contemplan dos modalidades para el ejercicio del derecho. La primera consiste en la petición que, tanto los ciudadanos europeos como las personas físicas o jurídicas nacionales de terceros Estados que residan en la Unión, pueden formularse ante el Parlamento Europeo (artículo 227) sobre asuntos propios de los ámbitos de actuación de la Unión que le afecten directamente. La segunda manera de ejercer el derecho es accediendo al Defensor del Pueblo Europeo (artículo 228 TFUE).

<sup>22</sup> La figura aparece desarrollada por el Reglamento (UE) núm. 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre la iniciativa ciudadana.

<sup>23</sup> Aunque solo debe ser suscrita por un millón de ciudadanos, cifra que no es muy elevada con respecto al conjunto de la población europea, estos deben provenir de, al menos, siete estados miembros. Al 31 de julio de 2013, hay 16 iniciativas abiertas, ninguna de las presentadas hasta el momento ha culminado, once han sido denegadas y cinco han quedado obsoletas (<http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/basic-facts>).



En España, la iniciativa legislativa popular, aunque fue introducida tempranamente por la Ley Orgánica 3/1984 del 26 de marzo<sup>24</sup> ha dado un resultado muy poco satisfactorio. En efecto, a pesar de sus casi tres décadas de existencia, ninguna de las iniciativas populares formuladas hasta la fecha ha llegado a culminar.<sup>25</sup> Sirva como ejemplo lo que ocurrió en la pasada legislatura, cuando fueron presentadas 23 proposiciones, de las cuales 6 caducaron, 7 se trasladaron al siguiente Congreso, 8 se inadmitieron en términos absolutos y dos fueron retiradas.<sup>26</sup>

Uno de los casos más llamativos de las limitaciones que afectan a esta forma de iniciar el procedimiento legislativo ha sido el acontecido con la proposición popular sobre las hipotecas. La iniciativa, suscrita por más de un millón y medio de firmas, intentaba poner fin al problema de los desahucios mediante la dación del bien hipotecado en pago de la deuda garantizada. Aunque la iniciativa popular fue admitida a trámite nunca llegó a aprobarse. En efecto, la mayoría parlamentaria subsumió dicha iniciativa en su propio proyecto de ley, texto que no recogía dicha medida.<sup>27</sup>

Hay varios motivos que explican el fracaso de la iniciativa legislativa popular. La principal de todas ellas es que, a pesar de su naturaleza, la iniciativa popular o ciudadana, suscita la desconfianza de los partidos políticos y de las propias instituciones. Los primeros suelen mirar con suspicacia aquellas propuestas que escapan a su control o que fuerzan a una toma de posición que puede resultar electoralmente comprometida.

<sup>24</sup> Modificada por la LO 4/2006, de 26 de mayo.

<sup>25</sup> La única excepción relativa fue la proposición de ley sobre reclamación de deudas comunitarias, presentada el 27 de marzo de 1996. Esta proposición llegó a ser aprobada pero, por acuerdo de la ponencia del Congreso de los Diputados, fue subsumida en la Ley de Reforma de la Ley 49/1960, sobre Propiedad Horizontal. (Boletín Oficial de las Cortes Generales, VI Legislatura, Serie B, 20 de noviembre de 1988, núm. 83.11).

<sup>26</sup> Los datos figuran en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/Indice%20de%20Iniciativas?\\_piref73\\_1335503\\_73\\_1335500\\_1335500.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW19&FMT=INITXLUS.fmt&DOCS=1-25&DOCORDER=FIFO&OPDEF=Y&QUERY=%28I%29.ACINI.+%26+%28I20%29.SINI](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/Indice%20de%20Iniciativas?_piref73_1335503_73_1335500_1335500.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW19&FMT=INITXLUS.fmt&DOCS=1-25&DOCORDER=FIFO&OPDEF=Y&QUERY=%28I%29.ACINI.+%26+%28I20%29.SINI).

<sup>27</sup> Se trata de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. La tramitación de la iniciativa legislativa popular aparece recogida en [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/Indice%20de%20Iniciativas?\\_piref73\\_1335503\\_73\\_1335500\\_1335500.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&PIECE=IWA0&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=13-13&QUERY=%28I%29.ACINI.+%26+%28I20%29.SINI](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/Indice%20de%20Iniciativas?_piref73_1335503_73_1335500_1335500.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&PIECE=IWA0&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=13-13&QUERY=%28I%29.ACINI.+%26+%28I20%29.SINI).

Las segundas suelen tratar con mucho rigor formal toda iniciativa que no provenga, a su vez, de otras instituciones.

Sobre el derecho de petición como institución de democracia participativa poco hay que decir. Quizá su aspecto más positivo sea su larga tradición histórica, al ser el primer derecho fundamental que aparece en un texto escrito y en una época (la gloriosa revolución inglesa) en la que tenía significado, ya que aseguraba que los ciudadanos no pudieran ser represaliados por las peticiones que hubieran dirigido al monarca.<sup>28</sup> Distinta es la situación en la actualidad porque los ciudadanos no solo pueden pedir, sino también exigir aquello a lo que tienen derecho. Su eficacia como instrumento de participación es muy limitada, dado que las instituciones a las que se dirige la petición no tiene porqué acceder a ella.

La escasa efectividad de la facultad de pedir se demuestra con solo mencionar un hecho. Es, quizás, el único derecho fundamental que, una vez aprobada la Constitución Española, no cambió de régimen jurídico, sino que siguió regulado por una ley preconstitucional hasta 2001,<sup>29</sup> año en que cuando finalmente se aprobó la Ley Orgánica que requiere el artículo 81.1 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales. Esta Disposición, en parte por indicación de la jurisprudencia constitucional,<sup>30</sup> impuso a quienes reciben la petición el deber de, al menos, cursarla y dar acuse de recibo.

## VI. CONCLUSIONES: MEJORAR LA REPRESENTACIÓN Y EL ESTADO DE DERECHO

Desde hace ya algún tiempo, el Tribunal Constitucional español ha definido con claridad cuál es posición que corresponde a las instituciones de

<sup>28</sup> Así, el Bill of Rights de 1689 afirmaba que “That it is the right of the subjects to petition the king, and all commitments and prosecutions for such petitioning are illegal”.

<sup>29</sup> La LO 4/2001, reguladora del Derecho de Petición derogó la Ley 92/1960, del 22 de diciembre.

<sup>30</sup> En la STC 242/1993, el Tribunal señaló que el derecho incluye solo la “exigencia de que el escrito al cual se incorpore la petición sea admitido, le dé el curso debido o se reexpida al órgano competente si no lo fuera el receptor y se tome en consideración. Desde la perspectiva del destinatario, se configuran dos obligaciones, una al principio, exteriorizar el hecho de la recepción (lo que la Ley define como acuse de recibo) y otra, al final, comunicar al interesado la resolución que se adopta” (STC 242/1993).

democracia directa y participativa.<sup>31</sup> Según su jurisprudencia, “son cauces especiales y extraordinarios”, por oposición a la representación política, que es la vía ordinaria, o común, a través de la cual se articula la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Esto no solo significa que, en el sistema jurídico español, prime la participación representativa sobre la directa, sino también que la Constitución configure, de manera restrictiva, el alcance y condiciones de la otra forma de participación.

Esta fue, además, una opción deliberada de los constituyentes, que quisieron reforzar el papel de unos partidos políticos que, solo unos años antes, estaban todavía en la ilegalidad. Se pretendía, también, vigorizar el papel del parlamento, órgano representativo y plural, frente al ejecutivo, del que todavía se desconfiaba. Era, además, una opción homologable a la de otros países europeos que regulaban de manera similar las instituciones de democracia directa (como ocurría en Italia) o, aún más, la desconocían (lo que sucedía en la República Federal Alemana). Por mucho que, en aquellos momentos y todavía en la actualidad, la decisión de reforzar la representación pueda resultar justificada, justo es reconocer que tiene consecuencias en la configuración de nuestro sistema democrático.

En primer lugar, obliga a recordar que la representación no es identidad. Por ello, la democracia no puede ser entendida como el gobierno del pueblo sino el gobierno de quienes han sido elegidos por el pueblo. Las elecciones son, sobre todo selección de dirigentes, a quienes autorizamos a gobernar durante el tiempo que dure su mandato.

En España, al igual que en otros ordenamientos de nuestro entorno, el pueblo es, sobre todo, cuerpo electoral que actúa en las formas y momentos indicados en la Constitución para elegir representantes. Las ocasiones en que los ciudadanos pueden actuar sin intermediarios son contadas y suscitan recelos en el juego político, así como disfunciones en el ordenamiento. Desde su aparición, son piezas que no encajan en el resto del rompecabezas porque tienen otra naturaleza. Esta es la razón de fondo por la que, en general, producen resultados que no resultan positivos.

Esto no significa que no puedan, o deban utilizarse, cuando las circunstancias políticas o el ordenamiento jurídico lo hagan estrictamente necesario. Así, resultan fundamentales cuando el pueblo actúa como poder constituyente, es decir cuando aprueba la Constitución o su refor-

<sup>31</sup> Por ejemplo, en la STC 103/2008 y en la jurisprudencia sobre la iniciativa legislativa popular como, por ejemplo, en la STC 76/1994.

ma.<sup>32</sup> Tampoco quiere decir que no se puedan ensayar otras formas de participación que permitan a los ciudadanos expresar su opinión a través, por ejemplo, de las nuevas tecnologías.

Lo que quiere decir es, entre otras cosas, que las instituciones de democracia directa pueden producir resultados difíciles de prever, como, por ejemplo, un efecto *boomerang* no deseado. Significa también que, en el referéndum, los votantes expresan su opinión directamente, lo que no significa que no haya mediaciones. La principal de todas ellas será la de los partidos políticos, esto es, instituciones cuyo acomodo está en la democracia representativa, que intentarán influir sobre la voluntad de los ciudadanos teniendo muy presentes no solo su ideario, sino también sus expectativas en las próximas elecciones a representantes. No cabe descartar, además, la incidencia de otros grupos de presión, o de opinión, con intereses en un determinado resultado de la votación popular.

Las reflexiones que se han realizado en estas páginas tampoco deben llevar a la conclusión de que nuestro sistema democrático es completamente satisfactorio, por lo que no es ni necesario, ni urgente, mejorar su calidad. La creciente desconfianza ante la clase política, la crisis de legitimidad que afecta a los partidos políticos, la descalificación de los parlamentos, por ejemplo, son problemas que no se pueden desconocer y han de ser abordados. Ahora bien, no parece que cambiar la naturaleza de nuestra democracia, para hacerla más directa, completándola con más instituciones de democracia directa o participativa, sea el remedio adecuado.

La solución pasa, entonces, por mejorar la representación. Admitamos pues que la democracia contemporánea es esencialmente representativa y busquemos fórmulas para mejorar la elección de los representantes, su gestión y su responsabilidad.

Hay muchas medidas que podrían adoptarse para lograr ese objetivo. Aunque dichas reformas varían según las características de cada ordenamiento, hay algunas ideas que son comunes porque obedecen a la propia naturaleza del Estado democrático y que merece la pena recordar, aunque sea solo a título de ejemplo. Se trataría, ante todo, de perfeccionar el sistema electoral, para hacer compatibles dos intereses que son igualmente legítimos: de un lado, la gobernabilidad, que presupone mayorías parlamentarias estables; de otro, la proporcionalidad, que exige dar voz a fuerzas minoritarias en los órganos representativos. Es preciso, además,

<sup>32</sup> Aunque sea como “poder constituyente constituido”. Sobre el tema, Aragón Reyes, M., *Constitución y democracia*, Madrid, 1989, p. 46.

asegurar de manera más eficaz la igualdad entre todos los competidores electorales, evitando situaciones de desventaja derivadas de formas de financiación, privilegios de los poderes públicos o instrumentalización electoral de los medios de comunicación que, si no son ilegales, pueden resultar ilegítimas por crear situaciones de privilegio no razonables.

Junto a ello, es preciso volver a insistir sobre el papel que corresponde al parlamento en los sistemas contemporáneos, sean estos de naturaleza presidencialista o parlamentaria. No deja de ser paradójico que la crisis de la representación afecte solo a dichas instituciones y deje a salvo a quienes, en realidad, desempeñan la dirección política de los Estados, esto es, los ejecutivos. En definitiva, la crisis de la representación no puede resolverse en el descrédito de las instituciones que dan vida al pluralismo político, principio tan básico para la democracia como lo es la regla de la mayoría. Bien está que haya poderes ejecutivos sólidos. Pero hay que recordar que los gobiernos actúan sin luz ni taquígrafos y que sus decisiones no se conforman dando voz a las minorías. Por eso los parlamentos deben conservar, si no incrementar, el protagonismo en la elaboración de las leyes y, sobre todo, en el ejercicio del control político.

Desde después de la Segunda Guerra Mundial, muchas democracias han configurado a los partidos políticos como los protagonistas indiscutidos de la vida política. Al contrario de lo que reivindican algunos, no parece prudente revisar el papel nuclear que corresponde a estas instituciones. La experiencia demuestra que los daños provocados por prescindir de los partidos son mayores que los que genera el hecho de seguir confinado en ellos. Ahora bien, la crisis de la representación exige revisar la estructura y el funcionamiento de dichas organizaciones, para asegurar su democracia interna, la circulación en los cargos dirigentes y mayor transparencia, sobre todo en las formas de financiación.

Impone, también, delimitar la esfera de influencia de los partidos a su ámbito natural, esto es, las instituciones dotadas de carácter representativo, dejando al margen a los órganos de control. Estos últimos tienen una naturaleza técnica, por lo que pierden su legitimidad cuando carecen de asepsia política. Es verdad que la independencia de los miembros del Poder Judicial o del tribunal constitucional, por poner unos ejemplos, no impide tener una ideología, porque sería ingenuo desconocer que existen distintas sensibilidades ante los problemas jurídicos. Pero también es cierto que la independencia exige obedecer únicamente a los dictados de la propia razón, lo que excluye cualquier tipo de imposiciones externas.

Una última reflexión para dejar abiertas estas páginas. Desde hace ya tiempo, la preocupación principal, no solo de la doctrina sino también de

amplios sectores de opinión al menos en España, ha sido afirmar el Estado democrático y preservar, o mejorar, el Estado social. Pero este esfuerzo no debe conducir a olvidar que solo existe Estado democrático y, en buena medida, Estado social, cuando hay Estado de derecho. La seguridad jurídica y la certeza sobre la norma aplicable no son valores conservadores sino las bases sobre la que se asientan las libertades ciudadanas. Pero además, son una garantía imprescindible para frenar la arbitrariedad de los poderes públicos. La mayor parte de las críticas a las que he hecho referencia al inicio de estas páginas se dirigen a la manera en que funciona la representación. Aun así, queda la duda de si, en su mayoría, denuncian conductas que solo son posibles por ausencia de control. De ser así, los problemas que suscita la representación no son, en realidad, defectos del sistema democrático sino profundos fallos del Estado de derecho.

## EL MITO POLÍTICO DE LOS SENADOS TERRITORIALES (UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO)

Roberto L. BLANCO VALDÉS\*

SUMARIO: I. *Dos continentes, dos épocas y dos bicameralismos.* II. *¿Cómo son los senados federales realmente existentes?* III. *¿Pueden considerarse auténticamente territoriales los actuales senados federales?* IV. *Propuesta de un criterio significativo para medir la territorialidad de los senados federales.*

### I. DOS CONTINENTES, DOS ÉPOCAS Y DOS BICAMERALISMOS

El bicameralismo ha presentado, a lo largo de la evolución del constitucionalismo, una naturaleza política compleja, como consecuencias sobre todo del hecho de que no ha habido históricamente, en realidad, un bicameralismo sino dos: el social y el federal. El bicameralismo originario —el social—, en el que cada una de las cámaras del parlamento representaba a distintos sectores de la sociedad, nació con mucha anterioridad al federal, cuando, a mediados del siglo XIV se creó en Inglaterra la Cámara de los Comunes, que, “representativa de las villas y condados en que estaba dividido el reino”, se unió a la Cámara de los Lores, que “personificaba a los estamentos privilegiados” de la sociedad inglesa de la época.<sup>1</sup> Asentados en el parlamento de Westminster a partir de 1341, los Comunes no consiguieron, en todo caso, equiparar su poder al de los Lores hasta mediados del siglo XVII, cuando, tras el reinado de Isabel (1558-1603) y durante todo el periodo que acabaría por conducir a la Primera Guerra Civil (1642-1646) se culminó en Inglaterra el proceso que Lawrence Stone<sup>2</sup> ha calificado como el de “la crisis de la aristocracia”. Sin embargo, y

\* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>1</sup> Artola, Miguel, *Constitucionalismo en la historia*, Barcelona, Crítica, 2005, p. 118.

<sup>2</sup> Stone, Lawrence, *La crisis de la aristocracia. 1558-1641*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.

pese al creciente poder que fue ganando en Gran Bretaña la Cámara de los Comunes a medida que, ya a partir del siglo XVIII, avanzaba el proceso de progresiva parlamentarización de su monarquía constitucional, la Cámara de los Lores conseguiría no solo pervivir sino además convertirse en un auténtico modelo a imitar en toda la Europa continental, donde su existencia sirvió para impulsar la generalización del bicameralismo social a partir sobre todo de la restauración monárquica que siguió a la derrota de Napoleón y a la reunión del Congreso de Viena entre 1814 y 1815. De este modo, frente al monocameralismo que caracterizó a las Constituciones revolucionarias (las francesas de 1791 y 1793, la española de 1812 o la portuguesa de 1822), los parlamentos configurados en las normas supremas de las monarquías constitucionales que dominaron la vida europea en el periodo que media entre la segunda década del siglo XIX y su crisis a partir del último tercio de la centuria serán, casi sin excepciones, bicamerales.<sup>3</sup> Vendrán a convivir así en Europa una cámara baja de representación popular y electiva —aunque designada durante décadas por sufragio censitario y/o capacitario— y una cámara alta (denominada generalmente Senado) cuya finalidad habrá de ser descrita con una meridiana claridad por el diputado moderado François-Antoine Boissy de Anglas, quien, tras el golpe de Estado de termidor que puso fin al periodo álgido de la Revolución francesa, justificaría la inclusión de una segunda cámara parlamentaria en la Constitución francesa de 1795 echando mano de una, muy expresiva, y bellísima metáfora: con ella, se trataba, proclamará D'Anglas, de que la razón corrigiese a la imaginación de la República.<sup>4</sup> Superadas ya las condiciones históricas que hicieron posible en Europa ese bicameralismo social, la existencia de parlamentos con dos cámaras ha pervivido modernamente, pese a todo, no solo en su modelo federal. Así lo demuestran algunos sistemas de bicameralismo funcional (el italiano, por ejemplo) en los que las dos cámaras no se distinguen por su

<sup>3</sup> Me he referido con detalle a todo este proceso histórico en el capítulo octavo de mi libro *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, Madrid, Alianza Editorial 2010, pp. 171-211.

<sup>4</sup> “El Consejo de los Quinientos [cámara baja] compuesto de miembros más jóvenes, propondrá los decretos que crea útiles y se constituirá en el pensamiento y, por decirlo así, en la imaginación de la República; el Consejo de los Ancianos [cámara baja] constituirá la razón, no tendrá otra función que examinar con sabiduría cuales serán las leyes a admitir y rechazar, sin poder jamás realizar proposiciones”, en *Moniteur Universel*, reimpresión, t. XXV, pp. 81 y ss., cit. en Deslandres, M., *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Tomo I: *De la fin de l'Ancien Régime à la chute de l'Empire*, París, Armand Colin, 1932, p. 320.



carácter social (una representativa y otra aristocrática u oligárquica como en la Europa del siglo XIX) sino por una diversa naturaleza funcional que viene dada por los diversos procedimientos de elección de una y otra o por sus respectivas competencias: tal ha acontecido, también, en algunos de los países del este de Europa que accedieron a la democracia tras la caída del Muro de Berlín.<sup>5</sup>

Frente a este bicameralismo social, de largo recorrido histórico durante el siglo XIX, el bicameralismo federal tendrá unos orígenes y una evolución muy diferentes. Su nacimiento puede datarse sin problemas, pues surge con la Constitución norteamericana, cuyo Congreso se compondrá de una asamblea de representación popular (la Cámara de Representantes) y de otra de representación territorial (el Senado), esta última cuya naturaleza vendrá determinada, de forma primordial, por más que no sin un profundo enfrentamiento en los momentos del debate constituyente de Filadelfia, por la paridad de miembros que la conforman: dos por cada uno de los estados de la Unión. Ese modelo de Senado de tipo federal tardará sin embargo en extenderse, pues no será hasta la aprobación de la Constitución Suiza de 1848 cuando volvamos a encontrarlo: ciertamente, la Asamblea Legislativa federal del país alpino estaba entonces constituida por un Consejo Nacional, compuesto por diputados elegidos por la población en proporción a la de los cantones, y una Consejo de Estado, formado por 44 diputados, a razón de dos por cada cantón, dado que el país lo componían entonces un total de 22 territorios cantonales.<sup>6</sup> La mimesis con el modelo de los Estados Unidos resultaba, por tanto, a este respecto, indiscutible. Pero el modelo se extenderá con posterioridad: en efecto, a partir de mediados del siglo XIX la práctica totalidad

<sup>5</sup> Aparte de los dos supuestos de bicameralismo federal (Rusia y la República de Bosnia-Herzegovina) regulan un sistema parlamentario bicameral de tipo funcional, en el que las dos Cámaras representan lo mismo y sólo se distinguen por su posición relativa en el ejercicio de las funciones legislativa y de control (bicameralismo perfecto o imperfecto) o por su forma de elección (formula mayoritaria o proporcional; edad para poder ejercer el sufragio pasivo) la República Checa, Rumania y Polonia. Un caso especial es el de Eslovenia, en donde junto a una Asamblea Nacional, elegida por sufragio universal, existe un Consejo Nacional, de naturaleza corporativa, formado por representantes de los empresarios, trabajadores, agricultores, artesanos, profesionales, y por representantes de las actividades no económicas y de los intereses locales. En Croacia, en fin, la Cámara de los Condados prevista en la ley fundamental fue eliminada en la reforma constitucional de 2001. Todos los demás Estados tienen un parlamento unicameral, incluida Serbia, pese a su sistema autonómico

<sup>6</sup> La Constitución suiza de 1848 puede verse, en su versión original, en *Digilthèque de matériaux juridiques et politiques* (<http://mjpb.univ-perp.fr/constit/constitintro.htm>).

de los parlamentos de los Estados federales que irán apareciendo en diferentes partes del planeta serán bicamerales, aunque las coincidencias resultarán menores no solo en aspectos adjetivos (por ejemplo, la denominación de cada cámara), sino también en los más claramente sustantivos, es decir, en todos los relacionados con su configuración y sus funciones. Esa, la de la generalización, es la razón fundamental por la que la definición del federalismo como forma de Estado se ha ligado a la existencia de un sistema (real o presunto) de bicameralismo federal. Real o presunto, sí, porque la referida variedad, aunque no solo ella, obliga a revisar la tesis de que allí donde existe una segunda cámara que por su composición y/o su forma de elección presenta, en mayor o menor grado, naturaleza territorial estemos en presencia de una cámara que, a diferencia de la del pueblo, es expresión (o eso, al menos, se proclama) de la voluntad de los territorios federados. Tal revisión constituye el objeto primordial de las páginas que siguen.

## II. ¿CÓMO SON LOS SENADOS FEDERALES REALMENTE EXISTENTES?

Tal presunción, que se afirma habitualmente como un *parti pris* que, por serlo, no necesita ulterior demostración, no responde, a mi juicio, a la realidad o, por lo menos, no en la medida en que se afirma. Antes de abordar esa cuestión, expondré, con la mayor brevedad que sea posible, el estatuto (forma de composición, de elección y de actuación) de las distintas cámaras territoriales de los más importantes Estados federales del planeta, para tratar luego de elucidar si son o no en realidad *territoriales*, tal y como se afirma de forma casi general. Pues solo si lo fueran sus funciones contribuirían a la integración federal que de ellas se predica.

Los Padres Fundadores de la nación americana no dudaban, desde luego, de que la creación de dos cámaras en su parlamento nacional respondía a la finalidad de representar a los electores según dos principios diferentes, y ello por más que la propuesta de un sistema de representación paritaria en el Senado diera lugar a una dura controversia que solo pudo resolverse finalmente tras la firma del llamado Compromiso de Connecticut.<sup>7</sup> La idea iba a quedar clara, desde luego en los comentarios

<sup>7</sup> *Cfr.*, al respecto, Riker, William H., “The Senate and the American federalism”, en *id.*, *The Development of the American Federalism*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1987, pp. 135-156.

de *El Federalista*, en los que James Madison la apuntará con manifiesta transparencia: la Cámara de Representantes —escribe el futuro presidente de la Unión—, “derivará sus poderes del pueblo de América”, pues “el pueblo estará representado en la misma en proporción y con arreglo al mismo principio que en la legislatura de un estado particular. Hasta aquí el gobierno es *nacional* y no *federal*”. Sin embargo, y en contraposición con este principio de predominio de lo nacional sobre lo federal, se alzaría el Senado, que “recibirá su poder de los estados, como sociedades políticas y coiguales”, que “estarán representadas en el Senado conforme al principio de igualdad, como lo están ahora en el actual Congreso. Hasta aquí el gobierno es *federal* y no *nacional*”.<sup>8</sup> La igualdad de representación estatal en el Senado que, en mucha mayor medida que la designación de los senadores por las legislaturas estatales, constituirá, pues, el elemento condicionador fundamental del carácter territorial de la segunda cámara del Congreso de la Unión, se justificará como un elemento de transacción y de concordia entre los estados más pequeños y más grandes, pero esa forma primordial de argumentar no iba a impedir al propio Madison poner de relieve la doble utilidad de la nueva cámara. En primer lugar, como elemento de integración política en un Estado compuesto:

Si innegablemente es lo debido, en el caso de un pueblo fundido completamente en una sola nación, que cada distrito participe *proporcionalmente* en el gobierno y, en el caso de Estados independientes y soberanos, unidos entre sí por una simple liga, que las partes pese a la desigualdad de su extensión, tengan una participación *igual* en las asambleas comunes, no parece carecer de razón que en una república compuesta, que participa a la vez del carácter federal y del nacional, el gobierno se funde en una combinación de los principios de la igualdad y la proporcionalidad de representación.

Pero además, y en segundo lugar, el Senado se concebirá igualmente como una garantía de la conservación, por parte de los estados, de la autonomía que justifica su existencia:

En este orden de ideas, puede observarse que la igualdad de votos concedida a cada estado es, a la vez, el reconocimiento constitucional de la parte de soberanía que conservan los estados individuales y un elemento para protegerla. Desde este punto de vista, la igualdad debería ser tan aceptable a los

<sup>8</sup> Cfr. *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 161 y 162 (todas las cursivas en el original).

estados más extensos como a los más pequeños, ya que han de tener el mismo empeño en precaverse por todos los medios posibles contra la indebida consolidación de los estados en una república unitaria.<sup>9</sup>

El resumen, pues, no ofrece dudas, desde el punto de vista de la *arquitectura* constitucional: un Congreso formado por dos Cámaras, una (la de Representantes) predominantemente nacional, contrapesada por la otra (el Senado) predominantemente federal, y un Congreso contrapesado, a su vez, por una Presidencia de carácter mixto, al tiempo nacional y federal. Tal es el sistema de equilibrios (*checks and balances*) que en lo relativo al dispositivo federal se prevé, según la mayoritaria opinión federalista, en el texto de la Constitución de Filadelfia.

Las que, en su estela, procedieron también a la creación de parlamentos bicamerales en los Estados federales actualmente existentes en el mundo<sup>10</sup> no siempre iban a reconocer, en todo caso, los dos elementos característicos del federalismo norteamericano originario en relación con la llamada cámara de representación territorial (igualdad de los estados federados y elección de sus miembros por los legislativos estatales), y ni siquiera el primero de los dos, que es el que hoy en día lo define, después de la aprobación en 1913 de la XVII enmienda a la Constitución, en virtud de la cual los senadores pasaron a ser elegidos directamente por el pueblo de cada uno de los estados de la Unión. El parlamento de Canadá se compone de dos cámaras (la de los Comunes y el Senado), constituyendo esta última probablemente la segunda cámara más peculiar de todas las existentes en los países que a continuación estudiaré: el Senado, cuyo estatuto se regula en los artículos 21 a 36 de la Constitución, se compone de 105 miembros, designados formalmente por el gobernador general, aunque en realidad por el primer ministro del país, con carácter vitalicio limitado (no podrán superar los 75 años de edad) y con un reparto que no es estrictamente igualitario: a cada una de las provincias de Ontario y Quebec les corresponderán 24 senadores, otros 24 de asignarán en conjunto a las provincias marítimas (10 a Nueva Escocia, 10 a Nueva Brun-

<sup>9</sup> Ambas citas en *El Federalista*, *cit.*, pp. 262 y 263 (todas las cursivas en el original).

<sup>10</sup> *Cfr.*, al respecto, aparte de la siempre útil guía de Daniel J. Elazar (ed.), *Federal systems of the world. A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*, Exeter, Longman Group Limited, 2a. ed., 1994, el amplísimo estudio dirigido Jörg Luther, Paolo Passaglia y Rolando Tarchi para el Centro Studio sul Federalismo, *A World of Second Chambers. Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*, Milán, Guiffirè, 2006. Y, también, el interesante trabajo de Enoch Alberti, “La representación territorial”, en *Fundamentos*, núm. 3, 2004, pp. 279-330.

swick y 4 a la Isla del Príncipe Eduardo), 24 también a las Provincias del Oeste (6 Manitoba, 6 la Columbia Británica, Saaskatchewan y 6 Alberta), 6 a Terranova y, por último, uno a Yukon, Nunavut y los Territorios del Noroeste. La Constitución australiana dispone en su artículo primero que el parlamento se compone de una Cámara de Representantes y un Senado (siguiendo exactamente, por tanto, la denominación norteamericana) y dedica al segundo los artículos 7 a 23. Formado por senadores elegidos por los electores de cada estado a través de sufragio directo, el Senado se compone de 12 senadores por cada uno de los seis estados federados, y cuatro más para los territorios continentales: dos para el de la capital y dos para el Territorio del Norte.

Los senados de los países iberoamericanos con sistema federal responden también, en mayor o menor grado, a los principios del bicameralismo nacido en Norteamérica. El Senado argentino, regulado en los artículos 54 a 62 de la Constitución, se compondrá de 72 senadores, tres por cada una de las 23 provincias y 3 por la ciudad de Buenos Aires, elegidos de forma directa y conjunta, a través de un sistema mayoritario que otorga dos asientos al partido más votado y el tercer senador en disputa al que le siga en número de votos. La Constitución mexicana regula la composición y forma de elección del Senado en su artículo 56, según el cual la Cámara de Senadores se integrará por 128 miembros, de los cuales se elegirán tres en cada uno de los 31 estados del país y en el distrito federal: dos según el principio de la votación mayoritaria relativa y uno más que se asignará a la primera minoría. En cuanto a los 32 senadores restantes, serán elegidos según el principio de representación proporcional, mediante el sistema de listas votadas en una sola circunscripción plurinominal nacional. Brasil, cuyo Congreso Nacional se compone también de una Cámara de los Diputados y un Senado Federal, regula la composición y forma de elección de este último en el artículo 46 de la Constitución: según él, la cámara territorial se compondrá de un total de 81 miembros, representantes de los 26 estados del país y del distrito federal elegidos directamente siguiendo el principio mayoritario, a razón de tres senadores por cada uno de ellos.

La pauta del bicameralismo federal se mantiene también, en fin, en los Estados europeos de tal naturaleza, por más que en su plasmación se produzcan, como seguidamente se verá, algunas variaciones relevantes. Rusia cuenta con una Asamblea Federal o Parlamento de la Federación Rusa, al que la Constitución proclama como su órgano representativo y legislativo (artículo 94 de la Constitución). Compuesta por dos cámaras (el Consejo de la Federación y la Duma del Estado), la primera, de

carácter territorial, se conforma, a partir de un principio estrictamente igualitario, por 166 miembros a razón de dos representantes designados, a través de un sistema en elección en segundo grado, por cada uno de los diferentes 83 sujetos de la federación: uno del órgano legislativo y otro del órgano ejecutivo del poder del Estado (artículo 95).

El parlamento suizo, que se denomina Asamblea Federal, y al que la Constitución considera, a reserva de los derechos del pueblo y los cantones, la autoridad suprema de la Confederación Helvética (artículo 148), se compone de dos cámaras (el Consejo Nacional y el Consejo de los Estados), el segundo de los cuales se conforma con 46 diputados de los cantones, según una distribución que, nuevamente, no es estrictamente igualitaria: seis de ellos eligen cada uno un diputado y los 20 cantones restantes del país<sup>11</sup> eligen dos (artículo 150). Ese mismo precepto determina que son los propios cantones los que dictan las reglas aplicables a la elección de sus diputados en el Consejo de los Estados, pero en la actualidad rige sin excepciones un sistema de elección popular directa, que es mayoritario en todos, salvo en el cantón de Jura en donde responde a la regla proporcional.<sup>12</sup>

La peculiar composición del Senado del Estado belga, que se une a la Cámara de Representantes para conformar el Poder Legislativo, se explica por las particularidades de su sistema federal, el que no solo se federan regiones (Valonia, Flandes y Bruselas) sino también comunidades (francesa, flamenca y alemana) y regiones lingüísticas (holandesa, francesa, alemana y bilingüe). El Senado se compone, así, según el artículo 67 de la Constitución, en primer lugar, por 40 senadores de elección popular directa: 25 elegidos por el colegio electoral neerlandés y 15 por el colegio electoral francés; forman también parte del Senado 21 miembros elegidos, mediante votación en segundo grado, por los parlamentos de las comunidades: 10 por el parlamento de la Comunidad Flamenca, 10 por el de la Comunidad Francesa y uno por el de la Comunidad germanófona, y, finalmente, seis senadores designados, igualmente en segundo grado, por los elegidos popularmente por los 35 senadores flamencos de elección popular y 4, designados del mismo modo, por los 25 senadores

<sup>11</sup> Se trata de los cantones de Obwald, Nidwald, Basilea Ciudad, Basilea Campiña, Appenzell Rodas Exteriores y Appenzell Rodas Interiores. Esa división responde al hecho de que en realidad el país se conforma con 23 cantones, pero tres están compuestos por semicantones (Basilea, Appenzell y Unterwald) lo que da lugar al número de 26 que se menciona habitualmente.

<sup>12</sup> Sánchez Ferriz, Remedios y García Soriano, María Vicenta, *Suiza. Sistema político y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 113.

francófonos de elección popular. Ello da un total de 71 senadores, pero a ese grupo de senadores democráticos, y como una clara reminiscencia de la época de vigencia monarquía constitucional, se añaden los senadores por derecho propio (tres en la actualidad),<sup>13</sup> pertenecientes a la familia real, que, sin embargo, por tradición, ni son tenidos en cuenta para el cálculo del quórum ni participan en las votaciones.

Si la particularidad belga en relación con el Senado proviene de su peculiar sistema de entidades federadas, la española tiene que ver, como es sabido, con la génesis del proceso descentralizador y las previsiones contenidas en una Constitución elaborada antes de ella y no reformada con posterioridad. Tal circunstancia explica que, a diferencia de todos los que han sido hasta ahora analizados, el Senado español, que el artículo 69 de la Constitución define, pese a todo, como la cámara de representación territorial, no lo sea en realidad básicamente de las entidades regionales federadas (las Comunidades Autónomas) sino de las provincias: según el precepto mencionado, cada una elige cuatro senadores, además de los que corresponden a los archipiélagos canario y balear y a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, lo que da un total de 208 senadores provinciales: 188 elegidos en las 47 provincias peninsulares, 16 en ambos archipiélagos y 4 en las Ciudades autónomas. Pero la Constitución añade a esos senadores provinciales, todos de elección directa a través de un sistema mayoritario de voto plural restringido, los designados por las Comunidades Autónomas: un senador para cada una de las 17 que conforman el Estado y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio, correspondiendo la designación, en este caso, a través de una votación en segundo grado, al respectivo parlamento regional.<sup>14</sup> El resultado de tales previsiones es que de los 264 senadores que componen actualmente en España la llamada cámara territorial, solo 56 correspon-

<sup>13</sup> Se trata de los príncipes Philippe, Astrid y Laurent de Bélgica, hijos del rey Alberto II y su esposa Paola Ruffo di Calabria, herederos, por ese mismo orden, a la Corona del país.

<sup>14</sup> Buena prueba de la peculiaridad española a la que se hace referencia en el texto reside en el hecho de que el apartado 5 del artículo 69 de la Constitución, al referirse a la designación de los senadores autonómicos, la atribuya a la asamblea legislativa o, *en su defecto*, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, redacción que supone una perfecta expresión de la incertidumbre que existía en el momento constituyente respecto del modelo territorial que iba a implantarse finalmente en España tras la puesta en vigor de unas previsiones constitucionales, susceptibles de interpretaciones muy diferentes. Me he referido con detalle a la cuestión en mi libro *Nacionalidades históricas y regiones sin historia. A propósito de la obsesión ruritana*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, pp. 37-54.

de a las Comunidades Autónomas, siendo los restantes senadores provinciales, por más que, entre unos y otros, como pronto se verá, no exista, políticamente, a la postre ninguna diferencia.

La regulación austríaca parte de la disposición constitucional de que el Consejo Nacional y el Consejo Federal ejercen conjuntamente el poder legislativo de la federación (artículo 24), y regula la composición y forma de elección del segundo de los dos a partir de dos principios esenciales, que determinan su naturaleza político-constitucional. Por un lado, y en lo que se refiere a la asignación de los escaños, los estados estarán representados en el Consejo federal en función del número de sus ciudadanos, de modo que el estado que tenga mayor número de ciudadanos enviará 12 miembros y cada uno de los demás estados tantos miembros como correspondan a la proporción entre el número de sus habitantes y la cifra total de población inicialmente tomada como referencia, pero con la particularidad de que se contarán como un número entero los restos cuando excedan la mitad de la cifra mencionada; en todo caso, cada estado tendrá derecho a una representación mínima de tres miembros (artículo 34). Siguiendo tales reglas, el reparto en la actualidad es el siguiente: 3 escaños (Burgerland y Vorarlberg), 4 (Carintia y Salzburgo), 5 (Tirol), 9 (Estiria), 11 (Baja Austria y Viena) y 12 (Alta Austria). El segundo de los principios antes citados es el relativo al sistema de elección de los miembros del Consejo Federal, elección que, según el artículo 35 de la Constitución, corresponderá, mediante voto indirecto, a las dietas regionales por toda la duración de su respectiva legislatura conforme al principio de la representación proporcional, si bien corregido con arreglo a los criterios que fija el propio artículo. Ello significa, entre otras cosas, que expirada la legislatura en una Dieta regional, los miembros enviados por ella al Consejo seguirán en funciones hasta que la nueva Dieta proceda a realizar la correspondiente elección.

El sistema alemán, con el que cerraré mi breve recorrido por los doce Estados objeto de este trabajo, presenta, sin duda, la mayor particularidad de todas las que han sido previamente analizadas. Y ello porque, según ha señalado con acierto Wilkfried Röhrich, su peculiarísimo Senado (Consejo Federal o *Bundesrat*) “más que como una segunda cámara funciona como un segundo Gobierno”.<sup>15</sup> Tal hecho, en cuyas manifestaciones pasaré a centrarme de inmediato, resulta, sin duda, incomprensible sin tener en cuenta sus antecedentes remotos, contenidos en la Constitución

<sup>15</sup> Röhrich, Wilkfried, *Los sistemas políticos del mundo*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 22.



que dio lugar a la unidad alemana, es decir, en la del Imperio, aprobada en 1871. El poder legislativo del nuevo Estado alemán se ejercería, según sus previsiones, a través de dos Cámaras —el Consejo Federal (*Bundesrat*) y la Dieta imperial (*Bundestag*)— cuya mayoría resultaba necesaria para la aprobación de cualquier ley del Imperio. El Consejo Federal, en tanto que cámara de representación de los territorios confederados, se compondría, a tener de lo dispuesto en el artículo 6o. de la Constitución, de un representante por cada uno de los Estados de la confederación, que votarían en la cámara con sufragio ponderado según la distribución que la propia Constitución establecía: los 31 votos asignados a los cuatro estados principales de la Confederación (17 a Prusia, 6 a Baviera, 4 a Sajonia y 4 a Württemberg) suponían la mayoría absoluta de los 51 votos del Consejo. La Constitución de 1871 especificaba, además, en el mismo precepto, que cada Estado podría designar para el Consejo federal tantos mandatarios como votos le correspondieran en su seno, pero con la obligación de que todos los designados por un mismo territorio deberían votar en idéntico sentido.<sup>16</sup> La naturaleza de una cámara que, como es fácil de apreciar, resultaba tan diferente a todas las otras de su género existentes en la época, estará íntimamente ligada a la postre, al peculiar proceso de formación de la unidad alemana, que ya había fracasado, durante la Revolución de 1848, pese a la adopción en 1849 por el “parlamento de Francfort” de una Constitución para la Alemania unida. Pero lo que no pudieron los revolucionarios de 1848 lo hará posible la política imperialista de Bismarck que, “enfocada esencialmente hacia el engrandecimiento de Prusia y el desarrollo del poder de la casa de los Hohenzollern”,<sup>17</sup> se traducirá, tras años de esfuerzo en pro de la unidad, en la firma de sucesivos tratados entre Prusia y los Estados que acabarán formando parte de la Confederación. Un proceso ese que, bajo hegemonía prusiana, originará el nacimiento de un Imperio configurado, al fin, como “una alianza de los príncipes alemanes, apoyada en las armas prusianas y legitimada por el júbilo de una burguesía liberal, de orientación nacionalista, que, en 1848, había intentado crear —sin éxito— un Estado nacional sobre la base de la soberanía popular y los derechos humanos”.<sup>18</sup> Tal génesis

<sup>16</sup> El texto de la Constitución del Imperio, de 1871, puede consultarse en *Archivio delle Costituzioni Storiche*, elaborado por el *Dipartimento de Scienze Giuridiche* de la *Università di Torino* (<http://www.dircost.unito.it/index.shtml>).

<sup>17</sup> Droz, Jacques, *Alemania. La formación de la unidad alemana. 1789-1871*, Barcelona, Vicens-Vives, 1973, p. 260.

<sup>18</sup> Schulze, Hagen, *Breve historia de Alemania*, Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 129.

estatal generó entre los que participaron en ella, como parecía inevitable, una desconfianza mutua de la que el tipo de Senado previsto en la Constitución de 1871 vendrá a constituir una manifestación sobresaliente. Y será de ahí de donde pasará, tres cuartos de siglo después, aunque en un contexto histórico del todo diferente, a la Ley Fundamental de Bonn.

Es suficiente describir algunas de sus previsiones constitucionales respecto al vigente *Bundesrat* (artículos 50 y 51) para entender el profundo sentido de la apuntada afirmación de Röhrich. El primero de los dos preceptos aludidos determina que los estados cooperan en la legislación y en la administración de la Federación y en los asuntos de la Unión Europea a través del Consejo Federal. Tras ello, el artículo 51 dispone que éste se compondrá de miembros de los Gobiernos regionales nombrados y depuestos por el Gobierno respectivo, miembros que podrán ser representados por otros componentes del Gobierno correspondiente. Es decir, el Consejo no es un órgano representativo de los estados y, en esa misma medida, expresivo de su pluralidad política interna, sino un órgano en que los propios estados estarán presentes por sus ejecutivos respectivos. La Constitución, añade, además, que esa presencia no será igualitaria, sino proporcional al peso demográfico de los estados federados, que votarán en el Consejo según la ponderación que determina el texto constitucional: cada estado tendrá, como mínimo, tres votos; los de más de dos millones de habitantes, cuatro; los de más de seis millones, cinco y seis, en fin, los de más de siete millones, lo que da en la actualidad un total de 69 votos en la cámara.<sup>19</sup> Finalmente, para completar sus peculiaridades, y en coherencia con todo lo anterior (carácter no representativo de los consejeros y voto ponderado por población) la Constitución determina que los votos de cada estado, que podrá enviar tantos miembros al Consejo Federal como votos tenga, solo podrán emitirse en bloque y por los miembros presentes o sus representantes.

### III. ¿PUEDEN CONSIDERARSE AUTÉNTICAMENTE TERRITORIALES LOS ACTUALES SENADOS FEDERALES?

He dejado para el final, con toda la intención, los modelos senatoriales alemán y austriaco no solo porque, entre los europeos, guardan entre sí

<sup>19</sup> Poseen seis votos los estados de Baden-Württemberg, Baviera, Baja Sajonia y Renania del Norte-Westfalia; cinco, Hesse; cuatro, Berlín, Brandenburgo, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Schleswig-Holstein y Turingia, y, finalmente, tres, Bremen, Hamburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental y Sarre.

un relativo parecido, sino además, porque sus caracteres me van a servir como entrada inmejorable para abrir el tratamiento de la cuestión que ahora nos importa: la de si puede afirmarse, en el pleno sentido de ese término, que los senados federales (valga la expresión para designar sus denominaciones diferentes) son cámaras de representación territorial o, lo que es lo mismo, que lo son por el hecho de que representan a los territorios de un modo sustancialmente diferente a como lo hacen las llamadas cámaras bajas o de representación popular. Dicho de otro modo: aún partiendo del hecho de que “toda representación tiene una base territorial, y ninguna es propiamente territorial, en sentido estricto”, la utilización del concepto de representación territorial haría referencia “al fenómeno por el cual se hacen presentes en los mecanismos de decisión del Estado unas instancias, con base poblacional o ciudadanía propia, a las que se reconoce entidad y poder político, que son algo distinto y diferenciado de la instancia general, del pueblo federal, del todo en el que se integran”. La cuestión es, sin embargo, la de saber si, como ha sido señalado:

La presencia de las partes (de sus pueblos, o de alguna de las instituciones que las representan) mediante una representación específica (que es distinta de la de sus ciudadanos individuales en el conjunto) rompe la lógica meramente aritmética de la composición del pueblo federal (equivalente a la suma de todos los ciudadanos federales) e introduce un factor de corrección, un contrapeso que permite que otros sujetos y otros intereses estén presentes también en el proceso de formación de la voluntad federal.<sup>20</sup>

Con ello no quiere hacerse referencia, claro está, al hecho de que la conformación político-partidista de los senados sea más o menos diferente de la de las cámaras del pueblo, pues es obvio que diferentes composiciones y formas de elección tenderán siempre, por definición, a traducirse en que existan tales diferencias y a que, en algunos casos, sean incluso muy notables. Lejos de ello a lo que aludo al preguntarme por la autenticidad de esa llamada representación *territorial* es al hecho de si los senados representan una voluntad de los territorios que puede llegar a ser diferente de la de los habitantes de los territorios cuando estos se unen al conjunto de los que componen el Estado para la elección de las cámaras de representación popular. La respuesta a esta cuestión, central desde mi punto de vista para

<sup>20</sup> Cfr. Alberti, Enoch, “La representación territorial”, en *Fundamentos, cit.*, pp. 281-282 y 286, respectivamente, y, en general, con consideraciones de mucho interés sobre la naturaleza jurídico-política de la representación territorial, pp. 279-296.

afirmar la existencia en los Estados federales de una característica de la que carecerían los Estados unitarios con parlamentos también bicamerales, exigirá primero que nada hacer un balance sumario de lo analizado previamente, para poder fijar luego alguna regla de carácter general. Comenzaré, pues, por el balance, que ha de ir referido a tres aspectos esenciales: el carácter o no igualitario de la representación en los senados de las entidades federadas, la naturaleza directa o indirecta de la elección de los miembros que en cada caso los componen y la libertad o no del mandato que reciben de quienes (directa o indirectamente) han procedido a su elección.

- a) La primera dimensión presenta una indudable relevancia, pues el factor de corrección y contrapeso que los senados pueden suponer respecto a la representación que expresan las otras cámaras de los respectivos parlamentos nacionales “es tanto mayor cuanto más igualdad existe en la representación de las diversas instancias territoriales, es decir, cuanto más independiente sea el peso de su representación en la escala federal del peso de su población en el conjunto”.<sup>21</sup> No es casual, en tal sentido, que, según antes se apuntaba, fuera éste justamente el motivo de discusión fundamental cuando, con motivo del debate constituyente de Filadelfia, se procedió al diseño constitucional del senado del primer Estado federal de nuestra historia.<sup>22</sup> Pues bien, la conclusión en esta esfera es que de los doce Estados cuyos *senados* han sido analizados, la mayoría introducen el principio de igualdad en la representación de las entidades federadas en la segunda cámara del parlamento nacional: lo hacen así Estados Unidos (dos senadores por estado), Australia (12 senadores por estado), Argentina (tres senadores por provincia), Brasil (tres senadores por estado) y Rusia (dos representantes por cada sujeto de la Federación). En dos países más rige un sistema parcialmente igualitario: en México (tres senadores por estado, más 32 elegidos en un distrito único nacional plurinominal) y Suiza (seis cantones eligen cada uno un diputado y los 20 cantones restantes del país eligen dos). No rige, en fin, el criterio igualitario en Canadá, Austria, España (para los senadores autonómicos, aunque sí rige para los senadores *provinciales*, que no autonómicos), Bélgica y Alemania, países todos en donde se aplican diversos criterios corregidos de proporcionalidad.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>22</sup> Riker, William H., *The Development of the American Federalism*, *cit.*, pp. 30-32.

b) La significación del segundo de los criterios apuntados —la elección de los miembros de las segundas cámaras por voto popular directo o a través de una designación, en segundo grado, por uno o más órganos de las entidades federadas— está directamente relacionada, según es fácil de entender, con el último criterio (la libertad de juicio político o el mandato cerrado de esos miembros) por dos razones: en primer lugar, porque, al menos en teoría, resulta más factible concebir un mandato cerrado (es decir, con instrucciones) allí donde la elección es indirecta y procede de una institución previamente elegida, cuya posición política resulta posible fijar, en consecuencia, a través de la expresión de la voluntad de la mayoría de quienes la componen, y en segundo lugar porque, en cualquier caso, allí donde el mandato es libre —es decir, donde sea cual sea la fuente de la designación, los nombrados no quedan vinculados a las instrucciones que reciben de quienes han procedido a su elección— resulta mucho menos relevante cuál sea el sistema de designación de los miembros del Senado. En Estados Unidos, donde rigió durante más de una centuria el sistema indirecto de elección de los senadores por los parlamentos estatales (entre 1787 y 1913 en que se aprobó la XVII enmienda que estableció la elección de aquellos por el pueblo de los estados de la Unión) lo cierto es que algunas asambleas estatales transmitían instrucciones a sus propios senadores, pero sin que el incumplimiento de ellas por parte de los senadores estatales tuviera mayores consecuencias, dado que en ningún momento llegó a disponerse un sistema de *recall* (revocación del mandato o, lo que es lo mismo, retirada de la confianza con la obligación de dimitir)<sup>23</sup> para desposeer de su cargo a los representantes que hubieran violado el mandato eventualmente recibido, de modo que en “ausencia de *recall* la sanción más evidente era el rechazo de la reelección”.<sup>24</sup> En realidad, la experiencia histórica del

<sup>23</sup> Véase, respecto de la institución, que existe en la actualidad en algunos Estados iberoamericanos, en su variante de *recall* popular (Perú, Venezuela, Colombia, Ecuador o Bolivia) y se prevé también en diversas Constituciones estatales de países federales (se introdujo, por ejemplo, en 15 Constituciones estatales de los Estados Unidos entre 1908 y 1979), Scarciglia, Roberto, *Il divieto di mandato imperativo. Contributo a uno studio di diritto comparato*, Padua, Cedan, 2005; Mallén, Beatriz Tomás, *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, y Cronin, Thoma E., *Direct democracy: the politics of initiative, referendum and recall*, Harvard University Press, 1989.

<sup>24</sup> Alberti, Enoch, “La representación territorial”, en *Fundamentos*, cit., p. 300 (nota 17) y, con gran detalle, Riker, William H., *The Development of the American Federalism*, cit., pp. 141, de donde procede la cita textual.

Senado estadounidense pone de relieve que sus miembros se fueron independizando progresivamente del mandato de los parlamentos estatales ya antes de la desvinculación final producida tras la aprobación de la XVII enmienda, que significó la culminación de la nacionalización de la cámara, y demuestra también que, en todo caso, la vinculación entre los senadores y quienes los elegían en segundo grado en los parlamentos estatales tendió a ser siempre bastante tenue.<sup>25</sup> Fuere como fuere, el ejemplo norteamericano iba a cundir en esta esfera en menor medida que en la previamente analizada, pues en lo referido a los sistemas de elección directa o indirecta de los miembros de las segundas cámaras lo cierto es que la diversidad resulta muchísimo menor. En efecto, tras el abandono del sistema por Estados Unidos en 1913, y dejando de lado el peculiar caso canadiense, donde los senadores son designados por el primer ministro del país, tan solo tres países de los analizados establecen una elección en segundo grado de los miembros de la Cámara de representación territorial: Rusia (donde uno de los dos representantes estatales en el Consejo de la Federación es nombrado por el ejecutivo y otro por el legislativo de la unidad territorial de que se trate), Austria (donde los miembros del Consejo Federal son designados por las dietas regionales) y Alemania, donde el *Bundesrat* forma su voluntad con los votos que corresponden a los diferentes estados federados. Bélgica y España presentan, por último, sistemas de elección que, en sentido estricto, deberían ser calificados como mixtos: en Bélgica, porque una parte de los senadores elegidos por voto directo proceden a su vez a designar a otros miembros de la cámara, mediante un sistema de elección en segundo grado, y en España, porque junto a un bloque de senadores provinciales, de elección directa, aunque no por los territorios autónomos, existe otro, de tamaño mucho menor, en el que la elección se lleva a cabo por los parlamentos autonómicos.

- c) Poco hay que decir, en fin, con relación a cómo se reparte por países la tercera variable —la relativa a la naturaleza libre o instruida del mandato— tras lo que ya acaba de apuntarse en tal sentido.<sup>26</sup> Y es

<sup>25</sup> Cfr. Riker, William H., *The Development of the American Federalism*, cit., pp. 139 y ss.

<sup>26</sup> Análisis conjuntos de las variables citadas en el texto, en los que se incluyen tablas de gran utilidad, pueden verse en el trabajo ya citado de Alberti, Enoch, “La representación territorial”, en *Fundamentos*, cit., pp. 296 y ss. y cuadro 4, y en Watts, Ronald L., *Sistemas federales comparados*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 213-219 y tablas 16 y 17.

que, salvo en Alemania, donde los miembros del *Bundesrat* votan según las instrucciones que reciben de los ejecutivos estatales a los que representan, en todos los demás países estudiados —y, en general, en todos los Estados federales—, los miembros de la cámara territorial no tienen en la actualidad más limitaciones en su libertad de voto que las que condicionan a sus colegas de la cámara de naturaleza popular: las derivadas del mandato de partido al que todos están sujetos con mayor o menor grado de rigor. Tal constatación incorpora, en todo caso, dos motivos de reflexión que me permitirán acercarme a la formulación de la regla general a las que previamente se hacía referencia. El primero es que solo donde el voto de los miembros de la cámara territorial está instruido existe la posibilidad de que, de esa propia instrucción, se deduzca de un modo natural la característica que permite hablar en relación con los senados de una auténtica representación territorial: me refiero, obviamente, a la naturaleza unitaria del voto de la unidad federada de que se trate en cada caso. A fin de cuentas, no es en absoluto casual que también sea Alemania (el único sistema federal en el que el voto de su senado es instruido) el único igualmente en el que se ha constitucionalizado la exigencia de que el voto de los *Länder* se emita de un modo unitario: el artículo 51.3 de su Constitución dispone, como ya vimos, que los votos de un estado solo se podrán emitir en bloque y por los miembros presentes o sus representantes: “Esta es precisamente la consecuencia natural de la instrucción de voto: su emisión en términos unitarios...”<sup>27</sup> Tal es la razón por la que cabe afirmar que cuando los representantes de los estados alemanes de Hamburgo, Hesse o Bremen (y son solo, como es obvio, tres ejemplos tomados al azar) manifiestan la voluntad de sus respectivos territorios, esa afirmación resulta verdadera en un sentido en que no lo es en modo alguno cuando la hacemos en relación con los representantes que forman parte de los entes territoriales de cualquier otro estado federal. Y ello porque, en estos últimos, la voluntad que los entes federados manifiestan en la cámara territorial o expresa la pluralidad política de sus representantes (y, por tanto, no es una voluntad unitaria sino varias, tantas como partidos representan al territorio de que se trate en cada caso en el senado) o es, en última instancia, el producto resultante de decidir, con arreglo al criterio de la mayoría, entre las diversas posiciones en disputa: en suma, y por decirlo de una vez, los miembros del estado de Bremen en el *Bun-*

<sup>27</sup> Alberti, Enoch, “La representación territorial”, en *Fundamentos*, cit., p. 313.

*derat* expresan una posición, pero los dos senadores de California no tienen por qué hacerlo si uno pertenece al Partido Demócrata y otro al Republicano, como no lo hacen, por idénticas razones, los miembros de las diputaciones territoriales, políticamente plurales, de cualquier otro Estado federal. Y es que, a la postre, el *Bundesrat* alemán no es una cámara representativa en el sentido en que, con la excepción de la canadiense, lo son las ya estudiadas: en él no se representa la voluntad plural de los electores, sea cual sea la base territorial de su representación, sino que se manifiesta la posición unitaria de los Gobiernos de los *Länder*, lo que resulta por completo diferente.

Ello nos lleva ya, como de la mano, a la segunda de las cuestiones apuntadas, dado que la determinación del papel que juegan los senados en los modernos Estado federales no puede dejar en un plano secundario un hecho primordial: que todos esos Estados son, aunque no en idéntico grado, Estados de partidos,<sup>28</sup> en el sentido que solemos otorgar a dicho término, es decir, Estados en los que la representación política —con independencia de la base, popular o territorial, sobre la que aquella se construye— es monopolizada o casi monopolizada por los partidos políticos, que fijan mandatos generales a sus miembros en las cámaras, al margen de que, en los sistemas bicamerales, pertenezcan a una o a la otra. Es obvio, por supuesto, que la eficacia de ese mandato de partido dependerá de la capacidad de las organizaciones políticas para disciplinar el voto de sus representantes en las cámaras del parlamento nacional, y lo es que la experiencia demuestra que tal disciplina resulta, de hecho, mayor o menor, dependiendo de los casos. Sin embargo, aún siendo cierto que la referida disciplina ha solido estar más relajada en los sistemas presidenciales que en los parlamentarios, en todos la tendencia general se ha dirigido últimamente en el sentido de su fortalecimiento progresivo.<sup>29</sup> Por otro lado, la eficacia del mandato de partido como elemento disciplinador del voto de los parlamentarios nacionales (de una u otra cámara) ha dependido tam-

<sup>28</sup> *Cf.*, por todos, García Pelayo, Manuel, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1984.

<sup>29</sup> Así lo señalaba ya hace años Daniel J. Elazar para el caso de los Estados Unidos, que pasa por ser el prototipo de un país con partidos poco estructurados y con laxa disciplina interna, cuando apuntaba que allí se manifestaba, desde finales de los años cincuenta “una creciente tendencia a construir partidos políticos nacionales, fuertes y centralizados. Esta tendencia se manifestó en los dos grandes partidos a lo largo de los sesenta y tuvo un relativo éxito”, en *Exploración del federalismo*, Barcelona, Hacer Editorial, 1990, p. 133.



bién de la homogeneidad del sistema de partidos en el conjunto del territorio del Estado o, lo que es lo mismo, del grado de implantación general de los grandes partidos nacionales, de modo que allí donde existen fuertes partidos nacionalistas —o, más allá de esa ideología, importantes partidos de ámbito no estatal, que responden a otro tipo de *cleavages* o líneas sociales de fractura— la conformación política interna de las cámaras puede cambiar de forma sustancial, con efectos muy notables sobre la dinámica de funcionamiento general del sistema federal:

La existencia de sistemas de partidos integrados supone una condición para un federalismo estable, en el cual los sujetos federados constituyen parte integrante del gobierno nacional (Estados Unidos y Alemania). Los sistemas de partidos no integrados (como sucede en el caso de Canadá) favorecen, por el contrario federalismos menos estables, en los que la autonomía de los participantes y la propia Constitución nacional están constantemente sujetos a renegociación.<sup>30</sup>

#### IV. PROPUESTA DE UN CRITERIO SIGNIFICATIVO PARA MEDIR LA TERRITORIALIDAD DE LOS SENADOS FEDERALES

En conclusión —y estas serían las reglas generales anunciadas—, la configuración final de los *senados*, en el sentido genérico que aquí viene dándosele a este término, como verdaderas cámaras de representación territorial, depende tanto de su diseño jurídico (constitucional y/o legal) como de factores estrictamente políticos ligados a la estructura y funcionamiento de los sistemas de partidos vigentes en cada país en diferentes momentos de su historia. En relación con su diseño, hay tres factores que influyen en la territorialidad del senado, aunque, como de inmediato se verá, el peso correlativo de cada uno de ellos no sea equiparable.<sup>31</sup> En primer lugar, la naturaleza igualitaria

<sup>30</sup> Ventura, Sofía (ed.), *Da Stato unitario a Stato federale. Territorializzazione della politica, devoluzione e adattamento istituzionale in Europa*, Bolonia, Il Mulino, 2008, p. 24.

<sup>31</sup> Enoch Alberti realiza en su estudio un ensayo de medición cuantitativa de la representatividad territorial de las segundas cámaras teniendo en cuenta cinco criterios (reparto escaños/votos, posición respecto de la legislación, posición en la reforma constitucional, composición [representación específica] y tipo de mandato [libre o instruido]) a los que otorgan de menor a mayor representatividad una valoración de uno a cinco: el resultado final es que, en orden de más a menos representatividad, los senados de los que aquí me ocupo se ordenarían del siguiente modo:

de la presencia en el senado de las diferentes unidades federadas, de modo que la territorialidad aumenta a medida que lo hace la igualdad y disminuye, hasta desaparecer, cuando aquella igualdad se reduce o deja de existir y es sustituida por el criterio de la representación más o menos proporcional a la distribución de la población: desde este punto de vista el Senado de Estados Unidos o el de Australia están mucho más territorializados que los *Bundesrat* de Austria o Alemania.

El segundo factor es el relativo a la forma de elección, directa o indirecta, de los miembros del Senado, que convierte, en principio, en senados más territorializados a aquellos que son elegidos de forma indirecta por los órganos, generalmente parlamentarios, de las unidades federadas y menos a aquellos cuyos miembros son elegidos directamente por el pueblo: ello determina que la situación según este criterio pueda llegar a ser justamente la contraria que la que se deriva del primero, según lo demuestran los mismos ejemplos previamente utilizados: los *Bundesrat* de Austria y Alemania estarían, así, más territorializados que los senados de Estados Unidos y Australia.

Pero ni uno ni otro elemento implican en última instancia y de verdad, a mi juicio, el carácter territorial de las segundas cámaras, pues sean como sean elegidas (en primer grado o en segundo) y se configuren o no con un criterio igualitario, la existencia de un sistema de partidos más o menos disciplinado y uniforme —y todos lo son en la actualidad de un modo u otro en los países estudiados— produce como efecto que los senados manifiesten una voluntad que, formada a través del criterio democrático mediante las oportunas votaciones llevadas a cabo en su interior, será a la postre y de forma idéntica a lo que acontece en las cámaras bajas, la de los partidos que tienen en ellos mayoría. Que esas voluntades sean o no similares, medidas en términos de correlación de fuerzas políticas entre mayoría y minorías, a las existentes en las cámaras bajas<sup>32</sup> puede ser, desde luego, muy relevante desde el punto de vista del funcionamiento del régimen político, y así, mientras “en los sistemas presidenciales —como en los Estados Unidos— mayorías diversas en la Cámara de representantes y en el Senado ciertamente plantean una complicación, pero es una

*Bundesrat* alemán (21 puntos sobre un total de 25), Senado estadounidense, *Ständerat* suizo y Senado australiano (19), *Bundesrat* austriaco (15), senados belga y canadiense (13) y Senado español (12). En “La representación territorial”, en *Fundamentos, cit.*, p. 314 y cuadro 7.

<sup>32</sup> Contiene, por ejemplo, datos en ese sentido, para Alemania y Estados Unidos, el estudio de Alberti, Enoch, “La representación territorial”, en *Fundamentos, cit.*, pp. 292-295 y cuadros 2 y 3.

dificultad que el presidencialismo puede superar y está acostumbrado a superar”, la situación resulta diferente “en el contexto de los sistemas parlamentarios”, donde, según lo ha subrayado Sartori, “el problema es mucho más grave”.<sup>33</sup> Más allá de ello, lo cierto es, en cualquier caso, que ese posible contraste de voluntades entre ambas cámaras no afecta al carácter territorial de las segundas, que lo serán o no con independencia de que la conformación de su voluntad política coincida o no con la de las cámaras bajas y facilite o no la dirección política que impriman las mayorías parlamentarias existentes en ellas.

Por eso, desde mi punto de vista, el criterio auténticamente relevante es el tercero, es decir, el que se deduce de la libertad o no de voto de los miembros que en la segunda cámara de que se trate en cada caso representan a las diferentes unidades federadas: de este modo, si el voto no está instruido ni, en consecuencia, es unitario —lo que, según hemos visto, acontece en todas partes, con la única excepción de Alemania— el papel de las segundas cámaras solo se distingue del de las primeras de forma accidental: es decir, pueden distinguirse o no según sea su conformación política concreta. Pero, si como sucede en el *Bundesrat* alemán, los miembros de la cámara actúan, sirviéndose de los votos que cada delegación estatal tiene atribuidos, según las instrucciones que reciben del correspondiente gobierno regional, a través de una única manifestación de voluntad por cada asunto y para cada uno de los *Länder*, no cabe la menor duda de que la diferencia entre la primera cámara y la segunda es sustantiva, porque esa diferencia reside precisamente en aquello que convierte a una asamblea en una genuina cámara de representación territorial: que la posición que en su seno expresa cada unidad federada es la del correspondiente territorio en un sentido estricto, es decir, en un sentido que no se produce en ningún otro de los senados federales estudiados. Daniel Elazar lo reconocía así, con toda claridad, en su *Exploración del federalismo*, cuando apuntaba que “tal vez la segunda cámara más eficaz sea el *Bundesrat* alemán, que actúa como portavoz de los *Länder*” tanto en lo referente a la protección de sus intereses como en lo relativo a su protagonismo en el quehacer federal. En cambio, añadía el profesor norteamericano, “el senado de los Estados Unidos es una de las cámaras federales de menor eficacia, pues sus miembros son elegidos *ad personam* y no se requiere de ellos que defiendan su respectivo estado *per se*. El senado canadiense, concluía, es decorativo y ni tan sólo pretende realizar una

<sup>33</sup> Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 201.

función federalista”.<sup>34</sup> Del mismo modo, Sartori subraya, en referencia al *Bundesrat*, que “es Alemania, me parece, la que muestra la forma en que puede incluirse el bicameralismo federal en un sistema parlamentario”.<sup>35</sup>

¿Quiere esto decir que el *Bundesrat* alemán es la única auténtica cámara de representación territorial que existe en el mundo federal? No exactamente: significa que las demás no lo son, ni de lejos, en el sentido en que lo es el *Bundesrat*, lo que explica, por ejemplo, que cuando en algún país (en España, por ejemplo) se ha debatido largo y tendido sobre la posibilidad (o la necesidad) de territorializar de forma efectiva un senado que a la postre no lo es se haya planteado por algunos especialistas la conveniencia de acudir al modelo alemán antes que a ninguno de los existentes en el derecho comparado.<sup>36</sup> Es esta constatación la que explica algo que de otro modo podría resultar más que llamativo: que en el presente análisis no se haya hecho todavía referencia a las funciones que las segundas cámaras tienen atribuidas en los Estados federales.<sup>37</sup> La razón de tal ausencia tiene que ver, ciertamente, con nuestro punto de partida, es decir, con la idea de que lo que define la naturaleza territorial de una asamblea son precisamente los elementos aludidos y no las funciones que pueda tener atribuidas, pues aunque tales funciones tengan en teoría, en ciertos casos, un claro impacto federalizante (porque se refieran, por ejemplo al sistema de financiación, o a las reformas constitucionales que afecten al diseño del modelo federal), tal impacto deja sencillamente de

<sup>34</sup> Elazar, Daniel J., *Exploración del federalismo*, cit., p. 232.

<sup>35</sup> Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, cit., p. 204.

<sup>36</sup> Cfr. Aja, Elisco, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, p. 265. Para una propuesta alternativa, que trata de conseguir resultados parciales similares, pero manteniendo un Senado representativo, puede verse mi libro *Nacionalidades históricas y regiones sin historia. A propósito de la obsesión ruritana*, cit., pp. 200-215.

<sup>37</sup> Cfr., al respecto, Alberti, Enoch, “La representación territorial”, en *Fundamentos*, cit., pp. 307-309 y cuadro 5, y Watts, Ronald L., *Sistemas federales comparados*, cit., pp. 218-219 y tablas 16 y 17, obras que, en conjunto, contienen información detallada al respecto sobre todos los países que tratamos, salvo la Federación Rusa y los tres Estados Iberoamericanos. Para Rusia véase García Álvarez, Manuel, “Rusia”, en Flores Juberías, Carlos (ed.), *Las nuevas instituciones políticas de la Europa oriental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 646. Y para Argentina, Brasil y México los capítulos correspondientes de la obra de García Belaunde, Domingo et al. (eds.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 66-70 (Argentina), 147-150 (Brasil) y 585-588 (México). Las previsiones de las diversas Constituciones respecto de las facultades de las dos cámaras parlamentarias pueden consultarse en los textos según lo apuntado en *supra* nota 10.

tener ese carácter para pasar a tener otro sustantivamente diferente cuando la cámara alta, por ser una cámara primordial o exclusivamente vertebrada sobre los partidos políticos, se convierte en realidad en una mera reproducción, en términos políticos, de la cámara baja, y ello al margen de que sea o no coincidente la correlación de fuerzas existente en la una y en la otra. Por decirlo de otro modo, lo que convierte en territorial, por ejemplo, al eventual veto del que pueda disponer la cámara alta respecto de la baja no es el hecho mismo de que exista tal posibilidad de vetar, ni siquiera las materias a las que ese veto pueda referirse, sino la circunstancia de que el veto sea la expresión de la posición de las unidades federadas y no del cuerpo electoral de la nación que, debido al sistema de composición del senado o a su sistema de elección, sencillamente se expresa de un modo distinto desde el punto de vista de la correlación de fuerzas partidistas de cómo se expresa en la cámara que, supuestamente en exclusiva, representa al cuerpo electoral. Y es que, como ha sido señalado con acierto, en cualquier tipo de elección, “el sujeto representado es siempre una comunidad de ciudadanos, nunca un *territorio*, desprovisto o con independencia del pueblo que en él se asienta”.<sup>38</sup> Tan es así, que solo cuando, al margen de cómo se conforme y de cómo se la elija, cambia de un modo sustancial la forma en que se expresa políticamente la representación de esa comunidad de ciudadanos en uno u otro tipo de senados —porque en uno lo hace según el principio democrático y el voto libre, no sujeto a otro mandato que el de partido y en otro, por el contrario, de forma unitaria e instruida— las facultades que se le atribuyen a los senados tienen un impacto de territorialización sobre las decisiones parlamentarias que puede ser muy diferente: apenas perceptible en el primer supuesto y manifiesto en el segundo: “La particular composición del *Bundesrat* alemán —ha escrito Ronald Watts— y el hecho de disponer de un veto absoluto sobre la totalidad de la legislación federal que ha de ser ejecutada por los *Länder* y que supone más del 60 por ciento de toda la legislación federal han sido los principales argumentos de dicha influencia”.<sup>39</sup> Y también, cabría añadir, las razones principales para explicar la profunda reforma llevada a cabo en 2006 en el federalismo germano, cuando, tras algún intento fallido, finalmente se aceptó de forma muy mayoritaria que la extraordinaria extensión de ese mecanismo de veto, puesto, en el pleno sentido de la palabra, en manos de los estados federados, resultaba claramente disfuncional para la correcta dinámica

<sup>38</sup> Alberti, Enoch, “La representación territorial”, en *Fundamentos*, cit., p. 279.

<sup>39</sup> Watts, Ronald L., *Sistemas federales comparados*, cit., p. 218.

de funcionamiento del federalismo alemán: de hecho, la reforma supuso, entre otras cosas, una reducción muy sustancial del poder de veto del *Bundesrat* que vio drásticamente reducido —en más de la mitad— el porcentaje de materias sobre las que su concurso es necesario para que pueda decidir en Berlín el *Bundestag*.<sup>40</sup>

Por lo demás, y con la excepción del *Bundesrat* germano en los términos a los que acaba de aludirse, las segundas cámaras, tienen en los Estados federales una posición institucional que oscila entre la de plena paridad con las cámaras bajas y, donde no, de subordinación respecto a ellas. Giovanni Sartori lo ha expresado así con rotunda claridad: “No hay ningún caso, en el mundo actual, de una Cámara Alta que esté por encima de la Cámara baja”, principio al que el politólogo italonorteamericano añade a otro en relación con los sistemas parlamentarios: “Lo primero que hay que observar es que siempre que el poder de las dos cámaras es desigual, la más débil es la Cámara Alta”.<sup>41</sup> También Ronald Watts ha insistido en esa debilidad característica de los senados en los regímenes políticos adscritos al parlamentarismo, poniendo de relieve que:

Esto ha planteado en ocasiones interrogantes en las federaciones con forma de gobierno parlamentaria sobre si sus segundas cámaras disponen de suficiente capacidad para canalizar la influencia regional en el proceso de toma de decisiones a nivel central. Esta cuestión se refuerza por la común fortaleza de la disciplina de partido en dichas formaciones con forma de gobierno parlamentaria.<sup>42</sup>

Análisis pormenorizados de la relación de poder entre ambas cámaras en los Estados federales confirman plenamente esa doble afirmación, así, por

<sup>40</sup> *Cfr.*, diagnosticando el problema, Darnstädt, Thomas, *La trampa del consenso*, Madrid, Trotta, 2005, en especial, pp. 85 y ss. Explicando las propuestas de solución al respecto, Arroyo Gil, Antonio, *El federalismo alemán en la encrucijada. Sobre el intento de modernización del orden federativo en la República Federal de Alemania*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, en especial, pp. 122 y ss. Y, del mismo autor, analizando el contenido de la reforma finalmente aprobada, *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52ª ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Barcelona, Institut d’Estudis Autònomic, 2009. Por mi parte, me he referido al problema en un breve artículo, “El federalismo alemán y ‘el movimiento necesario de las cosas’”, *Revista de Libros*, núm. 120, 2008, pp. 27-30.

<sup>41</sup> Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, cit., pp. 198 y 199.

<sup>42</sup> Watts, Ronald L., *Sistemas federales comparados*, cit., p. 218.

ejemplo, lo ha demostrado Enoch Alberti<sup>43</sup> para una buena parte de los Estados federales a los que aquí vengo refiriéndome. Agrupando en cinco categorías posibles la posición de la segunda cámara respecto de la primera en relación con la legislación, ninguno de los países considerados responde a los modelos extremos de superioridad absoluta de la primera o de superioridad de la segunda, incluyéndose todos ellos en alguna de las siguientes categorías intermedias: superioridad de la primera, previa conciliación (España), ciertos ámbitos de igualdad, junto a otros de superioridad de la primera cámara (Alemania, Austria y Bélgica) e igualdad general entre la primera y la segunda cámara (Suiza, Estados Unidos, Canadá y Australia). En relación, por su parte, con la facultad de la reforma constitucional todas las naciones apuntadas se sitúan en la categoría de igualdad general entre la primera y la segunda cámara, salvo Austria (ciertos ámbitos de igualdad, junto a otros de superioridad de la primera cámara) y Canadá (superioridad de la primera, previa conciliación), aunque el criterio básico de participación territorial en materia de reforma, si aquella pretende ser *auténtica*, pasa, a mi juicio, por la participación directa en ella de las entidades federadas. Por cerrar el análisis con los casos no referidos previamente, en la Federación rusa la cámara alta está en una posición de claro segundo plano respecto de la baja en la esfera de la función legislativa, incluyéndose, dentro de las categorías antes citadas, en la superioridad de la primera, previa conciliación (artículos 105-106 de la Constitución). Pero ello no impide, de todos modos, que el Consejo de la Federación tenga:

Asignadas funciones de gran importancia que pueden servir, entre otras cosas, para que el Presidente [de la Federación] si así lo estima oportuno, actúe marginando a la Duma si cuenta con el apoyo de la cámara alta, tanto más cuanto que... la Constitución no delimita con claridad el campo de actuación de la ley y del *ukás* presidencial.<sup>44</sup>

Del capítulo quinto (sec. I, tit. I) de la Constitución argentina relativo a la elaboración de las leyes se deduce una posición de plena paridad en el proceso legislativo, es decir, de igualdad general entre la primera y la segunda cámaras del Congreso, dado que ningún proyecto desechado totalmente por una de las cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel

<sup>43</sup> “La representación territorial”, en *Fundamentos*, *cit.*, pp. 301-304, con datos muy pormenorizados, y cuadros incluidos en las pp. 308 y 314.

<sup>44</sup> *Cfr.* García Álvarez, Manuel, “Rusia”, en Flores Juberías, Carlos (ed.), *Las nuevas instituciones políticas de la Europa oriental*, *cit.*, p. 646.

año y que, en caso de desacuerdo entre ambas, habrá de recurrirse a un mecanismo de conciliación en el que Cámara de Diputados y Senado gozan de idénticos poderes (artículo 81). El modelo mexicano es diferente, pues, junto a facultades privativas de cada una de las cámaras —reguladas respectivamente en los artículos 74 y 76 de la Constitución para la Cámara de Diputados y el Senado— la mayor parte de aquellas corresponden a las dos conjuntamente (artículo 73), lo que permite calificar al sistema, desde este punto de vista, como de equilibrio general entre ambas cámaras. La situación es en Brasil, en fin, similar a la que acaba de describirse muy someramente para México: la mayor extensión de las funciones de las dos cámaras parlamentarias corresponden al Congreso Nacional (artículo 48 de la Constitución) y en mucha menor medida a la Cámara de Diputados (artículo 51) y al Senado (artículo 52), que tienen, por tanto, en términos generales, una posición de paridad. Tal posición depende, sobre todo, de la generalidad de los países en los que existen parlamentos con dos cámaras —y no solo, desde luego, en los de naturaleza federal—, según se deduce con bastante claridad del estudio del profesor Alberti citado previamente, de la regulación del veto que pueden presentar las cámaras altas a lo decidido por las bajas. A ese respecto, Giovanni Sartori ha fijado una regla general de medición que resulta, a mi juicio, de suma utilidad:

Nuestra otra variable —*poder igual-poder desigual*— se presta asimismo a una fácil medición. Aquí el indicador sería que el poder de la Cámara Alta sea sólo el poder de retrasar... o bien el poder de veto. En este último caso el veto puede ser: a) absoluto, esto es, sin recurso; b) absoluto solo en ciertos campos reservados; c) posible de ser anulado por una mayoría cualificada de la Cámara Baja, y d) posible de ser anulado por mayoría simple. Esto último difícilmente equivale a un poder de veto, porque se debe suponer que una ley ya aprobada por la Cámara Baja cuenta con mayoría en ésta. Pero lo cierto es que las mayorías que puedan superar la oposición del senado varían, y que cuanto más altas se exija que sean, tanto más efectivo será el poder de veto.<sup>45</sup>

La sumaria descripción hasta aquí realizada sobre la función de los senados en el derecho comparado federal, referida básicamente al ejercicio de la potestad legislativa por sus parlamentos bicamerales, no puede llevarnos a olvidar, de todas formas, una línea de reflexión adicional con la que pondré ya punto final a estas reflexiones: que entre aquellas funciones

<sup>45</sup> Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, cit., pp. 200 y 201 (cursivas en el original).



se incluyen las relativas a las relaciones con los ejecutivos respectivos, lo que permite realizar dos generalizaciones, cada una referida a los sistemas parlamentarios y a los presidencialistas. En los primeros, como ya se analizó, son las cámaras bajas las que, con la excepción del peculiar caso de Suiza, proceden a la elección del jefe del gobierno, órgano que, también con carácter general, es responsable ante esa cámara, que asume en esa doble condición un poder y un protagonismo del que carecen los senados. En los sistemas presidencialistas, por su parte, el modelo norteamericano ha determinado la extensión a otros países de dos facultades del Senado federal de los Estados Unidos que tienen una notable importancia en la esfera de las que se conforman en tales sistemas como unas muy diferentes relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. De un lado, consiste en juzgar al presidente de la República y, eventualmente, a otros altos cargos del Estado, a través de *impeachment*, mediante un procedimiento que, iniciado a impulso de la cámara baja, se resuelve en la cámara alta finalmente: esa facultad ha pasado de la Constitución de Estados Unidos (artículo I, secciones 2 y 3) a las de México (artículos 108-114), Brasil (artículos 52.I y 85-86) y Argentina (artículos 53 y 59).<sup>46</sup> De otro lado, la que se manifiesta en la ratificación por parte de las cámaras altas de los nombramientos presidenciales, previo control de los mismos por parte de los miembros de la propia cámara, en lo que se conoce en el constitucionalismo norteamericano como *advice and consent of the Senate* (consejo y consentimiento del Senado: artículo II, secc. 2), competencia que en términos similares atribuyen también a sus senados dos de las tres Constituciones federales iberoamericanas a las que acaba de hacerse referencia: México (artículo 76.II) y Brasil (52.III y IV). No deseo terminar, de todos modos, sin añadir una consideración final: que, según lo demuestra el caso norteamericano, los dos tipos de importantes poderes senatoriales a los que acaba de hacerse referencia no pertenecen, en realidad, tanto a los estados, en tanto que territorios, como a los partidos que se asientan en la cámara alta del Congreso Norteamericano, lo que vale tanto para el caso del *advice and consent*<sup>47</sup> como, por más que en una medida no exactamente

<sup>46</sup> Cfr: Serrafiero, Mario D., “El “impeachment” en América Latina: Argentina, Brasil y Venezuela”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 92, 1996, pp. 137 y ss.

<sup>47</sup> Un dato es bastante significativo al respecto: que en la centuria transcurrida entre 1850 y 1950 tan solo dos nominaciones de miembros del Gobierno fueron rechazadas. Cfr: Harris, Joseph P., *The Advice and Consent of the Senate*, University of California Press, 1953, pp. 379. Por lo demás ese mecanismo perdería una gran parte de su eficacia como instrumento de control en manos del Senado, ya no digamos como supuesto medio de control de los territorios de la Unión sobre la política nacional, a

coincidente, para el *impeachment presidencial*.<sup>48</sup> Ello supone, de algún modo, un colofón que permite comprender mejor hasta qué punto lo territorial y lo político-partidista están inextricablemente unidos en unas cámaras, que con la excepción del *Bundesrat* alemán, interpretan, en última instancia, la voluntad territorialidad según aquella se construye a partir de la correlación de fuerzas partidistas. Y es que la voluntad política de un territorio,

consecuencia de la introducción de prácticas y costumbres que produjeron el efecto de vaciarlo parcialmente de las finalidades que perseguían los Padres Fundadores y sustituirlo por un sistema de patronazgo de partido coherente con la práctica del *spoils system*: entre ellas, y de manera muy especial, la extraordinaria extensión que acabó dándosele a un sistema inicialmente concebido para ser aplicado de modo restringido; y, en segundo lugar, la costumbre, generalizada poco a poco, de la llamada cortesía senatorial (*senatorial courtesy*) en virtud de la cual los miembros del Senado actuaban con el senador *patrón* para un determinado nombramiento como esperaban que sus colegas actuaran con ellos llegada la ocasión: no interfiriendo la ratificación de la propuesta. Es cierto que, frente a ello se fue imponiendo también la costumbre de que el presidente consultase con los senadores de su partido en cada estado sobre el nombramiento de los puestos federales de ese estado, costumbre que limitaba muy seriamente el poder del presidente pero le ofrecía a cambio seguridad parlamentaria, pero ello, en lugar de favorecer al *territorio* favorece al *partido en cada territorio*. Esa conclusión final del sistema era expuesta por Harris con bastante claridad: “La antigua costumbre que exige al presidente consultar a los senadores de su propio partido sobre la nominación de los empleados federales en sus estados, y, por regla general, aceptar las propuestas derivadas de las mismas, se basa en una tradición partidista y no en la Constitución... Esa costumbre, reforzada por la regla no escrita de la «cortesía senatorial», transfiere virtualmente la función de nominación de esos puestos del presidente a cada uno de los senadores de su partido”. *Cf.* Harris, Joseph P., *op. cit.*, p. 377. Me he referido con detalle a la cuestión en mi trabajo “Acción de gobierno, política de nombramientos y control parlamentario”, *Documentación Administrativa*, núm. 246-247, 1997, pp. 168-178

<sup>48</sup> En los dos únicos casos en que llegó a juzgarse a un presidente de Estados Unidos, pues el *impeachment* contra Richard Nixon se interrumpió tras su dimisión en 1974, la disciplina de partido se mantuvo siempre entre los partidarios del presidente, aunque no así entre sus adversarios políticos: el demócrata Andrew Johnson (17o. presidente, entre 1865 y 1869) fue declarado no culpable en 1868 (35 senadores votaron a favor de la culpabilidad frente a 19 en contra, minoría de la que formaron parte 7 senadores republicanos, lo que impidió alcanzar los dos tercios necesarios para la aprobación del *impeachment*); el demócrata Bill Clinton (42o. presidente, entre 1993 y 2001), por su parte, fue declarado, igualmente no culpable, en 1999, de los cargos de perjurio (por 55 votos en contra, diez de ellos republicano, contra 45 a favor, todos republicanos) y de obstrucción a la justicia (por 50 votos en contra, cinco de ellos republicanos, contra 45 a favor, todos republicanos). Véase, para los casos de Johnson y Nixon, Alfred H. Kelly, Winfred A. Harbison y Herman Belz, *The American Constitution. Its origins and development*, Nueva York, W. W. Norton & Company, 1983, pp. 350-356 y 692-700, respectivamente.

plural por su propia naturaleza en un sistema democrática, solo se transforma, al fin y al cabo, en auténtica voluntad territorial cuando se *sintetiza* a través de la reducción de esa voluntad plural en unitaria mediante la atribución de la voluntad territorial a la de mayoría del órgano plural o a la del gobierno que de la misma es expresión.



## EL HIMNO COMO SÍMBOLO DEL ESTADO: DIMENSIÓN JURÍDICO-POLÍTICA\*

Joaquín BRAGE

SUMARIO: I. *La dimensión política del himno*. II. *La dimensión jurídica del himno en el ordenamiento interno y en el internacional*. III. *La protección jurídica del himno y el necesario contrapeso o balancing con derechos fundamentales eventualmente colisionantes (en especial, el lenguaje ofensivo al himno)*. IV. *Bibliografía*.

### I. LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL HIMNO

Los símbolos políticos han sido tratados por la doctrina jurídica y politológica hace tiempo (entre nosotros, especialmente por García Pelayo, 1991: 987 y ss.) y sin ánimo de trazar siquiera un boceto de una *Theorie der Symbole* (Smend, 1994, I: 477) sí que trataremos aquí de aproximarnos a la idea de los himnos nacionales como manifestación concreta de los símbolos (políticos) del Estado y a algunas de las cuestiones más importantes que plantea al derecho constitucional. Empecemos por algunas reflexiones sobre los símbolos del Estado, algo que solo por aproximación es posible, dada la irracionalidad que caracteriza a estos básicamente y que hay que comenzar también por señalar.

Ya el Ihering conceptualista destacaba en su obra sobre *El espíritu del derecho romano* (*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*) que se denominaban símbolos los elementos y las acciones que representan de una manera sensible un contenido intelectual y que tales símbolos proporcionaban “una satisfacción de los sentidos, un placer poético causado por la representación sensible de las cosas intelectuales; es el encanto de la plástica de la idea que se impone” (Lucas Verdú, 1997: 230).

\* Este trabajo se ha publicado en el libro coordinado por Miguel Ángel Alegre Martínez, *El himno nacional*, Madrid, Tecnos, 2008.

En general, el símbolo es la plasmación o manifestación plástica y sensible de una idea, que tiene contenidos fuertemente irracionales que son los que le permiten transmitir un significado no accesible a la palabra como signo humano racional de comunicación entre los hombres. Y el símbolo político de un Estado (o comunidad política), podríamos decir, expresa la identidad y unicidad<sup>1</sup> (significación positiva) y la diferenciabilidad<sup>2</sup> (significación negativa), en las dos grandes dimensiones (en el tiempo y en el espacio), de un Estado o comunidad políticas frente a los demás (Schmitt tenía razón en que no hay nada político si no hay “otro” frente a quien afirmarse, aunque no en que este tenga que ser un “enemigo” a quien hacer la guerra, idea o terminología que, sin embargo, también mantiene García Pelayo, aplicándola a los símbolos políticos (1991: 992)).

Más en concreto, el himno nacional (o de una comunidad política), que como tantos conceptos políticos tiene un marcado origen religioso (el himno es originariamente una composición poética coral en honor a la divinidad), cumple, como los restantes símbolos político-estatales, al menos estas funciones:

a) *Función representativa*. Los símbolos del Estado son una forma de autorrepresentación de cada Estado o comunidad (o del Estado o comunidad que se pretende “inventar” o llegar a ser, pues el himno es parte importante de la mitología del Estado-nación o de la comunidad); una manera de *self-representation* por la que cada Estado o comunidad se define a sí mismo frente a los demás (estos símbolos conforman la llamada “comunidad imaginada”), y ello en las dos dimensiones básicas: en el tiempo y en el espacio (dimensión básicamente externa del himno).

En esta línea, el himno —junto con la/s bandera/s, la capital o los días festivos nacionales—, idealmente al menos, es un elemento de representación simbólica por concentración de una comunidad a través del que se explicita plásticamente y de manera sensible la existencia de una nación y la comunidad en que se fundamenta esta, sus valores, tradiciones, historia, metas, etcétera. Como lo dijo el Tribunal Supremo estadounidense en *Texas v. Johnson*, bien que respecto de la bandera, “el propio propósito

<sup>1</sup> Aunque, por lo que a los himnos se refiere, hay que decir que Nueva Zelanda tiene dos himnos nacionales; pero ello no obsta a que cada uno de ellos, en su respectivo ámbito de uso, exprese esa unicidad de que hablamos.

<sup>2</sup> Esta diferenciabilidad, en el caso de los himnos como símbolos del Estado, a veces sólo se concreta en la letra, siendo la melodía del himno nacional en algunas ocasiones, y por razones diversas, idéntica a la de otro himno de otro Estado, región, etcétera.

de una bandera nacional es servir como un símbolo de nuestro país; es, podría decirse, ‘la única manifestación sensible de doscientos años de nacionalidad’... Cargada con contenido expresivo, la bandera identifica tan rápidamente a esta nación como lo hace la combinación de letras encontrada en ‘América’...”. Podríamos decir también que el himno nacional es un símbolo inmaterial y cultural, pero de gran valor identitario, en el tiempo y en el espacio.

Como dice Rosatti (2004: 5):

La identificación común, el sentido de pertenencia, la necesidad de sentirse continuación de un pasado compartido y de comunicar esta circunstancia a futuras generaciones (y otros tantos factores de índole cultural —ajenos al criterio de ‘éxito’—) explican también la supervivencia de los Estados. Estos factores, caracterizados por su inasibilidad, serían volátiles si no existiera una actividad destinada a transformarlos en ‘símbolos’, de modo de hacerlos perdurar en el tiempo. El ‘símbolo’ (bandera, himno, nombre, etcétera) condensa valores y sentimientos; su eficacia consiste en una paradoja: por un lado ‘reemplaza’ a aquello que por su naturaleza no puede ser cosificado, pero a la par su presencia ‘evoca’ (es decir ‘recuerda’) a todo aquello que reemplaza.

La función simbólico-representativa en realidad parte, en gran medida, de la ficción de que el símbolo es el Estado mismo, y así se explica que nuestro Código Penal en España equipare a todos los efectos las ofensas o ultrajes al himno (o cualquier símbolo del Estado) a las ofensas o ultrajes a España misma.

Y como hemos dicho, esta función de representación del Estado o la comunidad política la cumplen los himnos en la doble dimensión cronoespacial:

- Por un lado, la dimensión cronológica permite que el himno sea un elemento de ruptura, o simplemente de distanciamiento, respecto de periodos anteriores (por ejemplo, los nazis prohíben tajantemente “La Marsellesa” en Francia durante la ocupación, pasando así a convertirse en, o reforzarse como, un elemento simbólico de resistencia; en los países iberoamericanos, los himnos tienen una fuerte componente de liberación frente a España y de ruptura con un pasado que se rechaza, y en nuestro país, el “Himno de Riego” de la II República surge, por razones obvias, frente a la tradicional Marcha de Granaderos o Marcha Real española,<sup>3</sup> y a la inversa,

<sup>3</sup> De ahí el malestar cuando recientemente se ejecutó el Himno de Riego como Himno nacional español en Australia en cierto acontecimiento deportivo.

el retorno a esta durante la dictadura y en esencia hasta hoy es una contra-reacción), lo cual puede ser necesario en ocasiones (no obstante, no se ha considerado preciso en el caso de España hasta hoy marcar distancias significativas con el himno tradicional, restaurado en el franquismo tras el lapso republicano, lo que, por lo que ahora diremos, nos parece acertado, sin perjuicio de lo que luego matizaremos respecto de la falta de letra de dicho himno). Pero junto a esta función excepcional, lo normal es que el himno sirva, justamente al revés, como elemento que simboliza la perpetuación de la nación, su permanencia, su unidad y comunidad de valores, ¡su cultura propia!, la continuidad histórica (transmisión del sentimiento identitario, con sus valores y contenidos, a las generaciones ulteriores), y ello por más que sus integrantes y desde luego también, como es propio de toda democracia y exigencia ineludible del transcurso del tiempo en cualquier caso, sus concretos dirigentes políticos (incluso hasta los monarcas, donde los haya) cambien, bien entendido que también esa cultura propia a que nos referíamos, sin perder por ello su carácter propio y especificidad, no solo cambiará (evolucionará) también a lo largo del tiempo, sino que será una cultura, como es propio de una democracia, plural, por un lado (especialmente en un país descentralizado, con territorios históricos con lengua propia, y con nacionalismos regionales con peso social y político, como España), y además, por otro lado, será una cultura permeable a la influencia ajena, especialmente en la época de la globalización en que vivimos, y también a la homogeneización (por ejemplo, pensemos en la cultura de los derechos fundamentales: en el caso *Texas v. Johnson*, la bandera opera como símbolo de la libertad en cuanto elemento estructural de la sociedad estadounidense, ¡también la libertad de los que atacan a la bandera!).

- Por otro lado, el himno permite diferenciar a un Estado o comunidad política de otros en el espacio, aun cuando se interprete fuera del territorio nacional, pues lo que pretende es incluso entonces evocar sensiblemente la presencia (no real) de la patria, con toda su significación. Por ello, es fundamental para ellos la peculiaridad, singularidad, diferenciabilidad, evitándose al máximo la confusión, si bien cabe la posibilidad de que dos países, por razones varias, tengan la misma melodía como himno nacional pero con diferentes letras (es el caso, por razones diversas, de Liechtenstein, Noruega y Reino Unido; Grecia y Chipre; Finlandia y Estonia; o Serbia y Polonia, solo en Europa... y Rhodesia tiene como himno el



de la Unión Europea). Ahora bien, los himnos, como los restantes símbolos estatales, han de ser símbolos de *todo* el Estado, y no solo de una de sus partes (territoriales, ideológicas, generacionales, religiosas): necesariamente, hacia dentro han de tener un contenido y sentido unificadores y no disgregadores, todo ello sin perjuicio de su compatibilidad con la existencia de otros símbolos o himnos que representen específicamente a una o varias partes de la comunidad política o el Estado que, a su vez, constituyan una comunidad política o Estado (Himno europeo/Himno nacional/Himnos de los estados federados o regiones o comunidades autónomas), pudiendo existir incluso ciertas tensiones.

*b) Función de integración y transmisión condensada y emocional de los valores y la historia de una comunidad política.* Los himnos son una forma de promoción del Estado entre los ciudadanos, a fin de que estos se sientan identificados con el Estado al que pertenecen y los valores en que se basa (dimensión esencialmente interna del Estado, función integradora) y así se genere, mantenga, refuerce y consolide un cierto consenso básico de la comunidad organizada en el Estado.<sup>4</sup> El himno, junto con los otros símbolos estatales,

<sup>4</sup> Nos parece que hoy cobra más fuerza entre nosotros también el “patriotismo reflexivo” que Tocqueville ya apreciaba en Estados Unidos frente al “patriotismo instintivo”, si bien hoy en Europa también se trata de una cuestión de intensidad o dosis y no de opción radical excluyente por uno u otro, y ambos patriotismos se materializan, exteriorizan y encauzan a través de los himnos. Decía Tocqueville (1994, 244 y ss.): “Existe un amor a la patria que tiene principalmente su fuente en el sentimiento irreflexivo, desinteresado e indefinible, que liga el corazón del hombre a los lugares que le vieron nacer. Ese amor instintivo se confunde con el cariño a las costumbres antiguas, con el respeto a nuestros mayores y el recuerdo del pasado. Los que lo experimentan quieren a su país como a la casa paterna... Como todas las pasiones irreflexivas, ese amor al país impulsa a grandes esfuerzos pasajeros más bien que a la continuidad de los esfuerzos. Después de haber salvado al Estado en tiempo de crisis, lo deja a veces languidecer en el seno de la paz... Cuando los pueblos son todavía sencillos en sus costumbres y firmes en su creencia; cuando la sociedad reposa dulcemente sobre un orden de cosas antiguo, cuya legitimidad no es discutida, se ve reinar ese amor a la patria... Hay otro más racional que ese; menos generoso, menos ardiente tal vez, pero más fecundo y durable. Nace de la cultura, se desarrolla con ayuda de las leyes, crece en el ejercicio de los derechos y acaba en cierto modo por el confundirse con el interés personal. El individuo comprende la influencia que tiene el bienestar del país sobre el suyo propio; sabe que la ley le permite contribuir a producir ese bienestar y se interesa por la prosperidad de su país, primero como una cosa que le es útil y enseguida como su propia obra... digo que el medio más poderoso, y quizás el único que nos queda, para interesar a los hombres en la suerte de su

como dice Zippelius, genera vínculos emocionales, refuerza el sentimiento de pertenencia a una nacionalidad y permite a cada ciudadano participar en el éxito (pero también en el fracaso, añadiríamos por nuestra parte, pues decía Renan, y nos recuerda García Pelayo (1991: 992), que los días de llanto unen más que los días de gloria) de otros nacionales, por ejemplo en unos Juegos Olímpicos o en los Premios Nobel, dando cauce ordenado y simbólico a ese sentimiento de autoidentificación comunitaria. Como es fácil comprender, esta función se refuerza de modo natural tan pronto como hay “confrontación con el otro”, es decir, con los otros Estados (desde las competiciones deportivas o científicas hasta, en el extremo, las guerras o las situaciones de fuertes tensiones con otros Estados), y de manera especial cuando se logra la victoria sobre el otro.

Y es que, en general, los símbolos son un mecanismo vigoroso de comunicar al otro —con una plasticidad y densidad de contenido irracionales en gran medida, pero también por ello de un modo inaccesible muchas veces a la palabra— unas ideas, y permiten convencer a sus destinatarios e influirles de una manera frecuentemente más efectiva, quizá por emocional e irracional, que la palabra; tienen una capacidad de

patria, es el de hacerles participar en su gobierno. En nuestros días, el espíritu local me parece inseparable del ejercicio de los derechos políticos; y creo que desde ahora se verán aumentar o disminuir en Europa el número de ciudadanos en proporción a la extensión de esos derechos”. Y hoy en día, la situación no ha cambiado esencialmente. Como nos dice Corradi (2006), “Ser ciudadano norteamericano no significa tanto participar en el manejo de la res publica como pertenecer a una comunidad que practica la “forma de vida norteamericana”, que comparte sus valores y su sentido de “destino manifiesto”. Las palabras claves de este modo de participación son “sujeción” (attachment), “adhesión” (allegiance) a los valores propios, y “rechazo” (rejection) de valores contrarios. Estas actitudes están asociadas a mitos, valores, sentimientos, miedos y emociones. En cierta medida, toda comunidad política, en cualquier país, tiene un sustrato emocional de este tipo. La peculiaridad norteamericana es la ubicuidad de esos símbolos y su repetición constante (por ejemplo, todo evento deportivo comienza con la ejecución del himno nacional) en detrimento de un activismo a una escala mayor que la local (barrio o aldea) o segmentaria (profesión o hobby). La “persona común” se moviliza para la construcción de una escuela, o para discutir el emplazamiento de un semáforo, o se siente profundamente afectada por algunos valores básicos (la vida, el aborto, el medio ambiente, la religión, etc.). La tendencia al pragmatismo cotidiano por un lado y al fundamentalismo de valores por el otro, son las dos variables del participacionismo norteamericano”. Coincide con esta visión en gran medida, Simmel, a quien cita aprobadoramente Lucas Verdú (1997, 230), al señalar que “la importancia de un símbolo material para la conservación de una sociedad aumentará cuando aquel, además de su contenido simbólico, represente una posición real y, por consiguiente, la acción centralizadora de su objeto dependa —o aumente— del hecho de encontrarse en él los intereses materiales de todos los miembros del grupo”.

condensación y concentración ideológica a través de una estructura muy simple que solo es posible por su fuerte componente irracional. Esto es lo que permite que los símbolos políticos del Estado sean, en la plástica definición de Eichenberger, “fuentes irracionales del consenso”, y gráficamente, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos los ha definido en *West Virginia State Board of Education v. Barnette* como un “short cut from mind to mind”; así ocurre también en general con la música, y mucho más cuando esa música, como ocurre con los himnos nacionales, opera como un símbolo político-estatal. Indudablemente, la importante función que los símbolos cumplen, o pueden cumplir, como elementos de dirección y cohesión psicológica de los hombres, es su misma *ratio essendi*, el motivo por el que fueron creados, lo que no solo no los torna ilegítimos en sí, sino al contrario, ingredientes indispensables (o, con mayor precisión, insustituibles funcionalmente), al día de hoy, de toda estatalidad (como residuo de la conciencia mítica que todavía no ha abandonado al hombre), pero también es algo que nos advierte del riesgo, nada desdeñable, de su abuso o utilización partidaria o sectaria, y no integradora, como han hecho todos los totalitarismos, pero no solo ellos.

Es importante destacar también algo que es mérito de García Pelayo (1991: 991) al haberlo puesto de relieve, y es que “la función del símbolo político no se agota en comunicar algo, como el mero símbolo discursivo o lógico, sino que tal comunicación no es más que el supuesto para promover y sustentar el proceso integrador; su función no es solo dar a conocer unas significaciones, sino transformarlas en acción”. Nos parece que a algo de esto se refiere el artículo 17 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en ese ámbito especial, cuando establece que “el espíritu que anima a la Institución Militar se refuerza con los símbolos transmitidos por la Historia. Los símbolos fortalecen la voluntad, exaltan los sentimientos e impulsan al sacrificio”. A ello se añade, además, que, como señala García Pelayo (1991: 996), “un símbolo realmente operante, un símbolo en la plenitud de su función, posee una tensión y un vigor integradores de primer orden”. Por todo ello, el símbolo “se orienta no sólo al mundo mental, sino... también al existencial”.

Esta es, en suma, la función de integración que los símbolos políticos cumplen. Y el principal teorizador político-constitucional del valor integrador de los símbolos fue Smend, para quien el elemento central de la existencia de un Estado está en lo que él llama “integración” o sentimiento de pertenencia emotiva a una colectividad.<sup>5</sup> Smend diferencia entre la

<sup>5</sup> Frente a su posición, se ubican, por un lado, Kelsen, y por otro, Schmitt. Como

integración personal, la funcional o procesal y la material u objetiva, si bien todas estas formas de integración, con sus más diversas variantes, han de entenderse, no como compartimentos estancos, sino como “momentos de una dinámica homogénea, esto es, como momentos de un sistema integrador” (Smend, 1985: 107). La tercera forma de integración (material u objetiva) es la que nos interesa, pues se refiere a un conjunto de valores que son vividos como comunes por la comunidad, se trata de una socialidad de las vivencias sustantivas. El Estado, para Smend, no es una suma de elementos disgregados, sino una unidad individual, una totalidad que se halla determinada por la concreción de valores sustantivos en situaciones históricas determinadas. Su eficacia integradora es particularmente eficaz en el Estado contemporáneo, hasta el punto de serle extraña al individuo su racionalidad, por lo que se hace preciso que esta integración se manifieste de modo institucional a través de la representación de los valores históricos que tienen vigencia actual en símbolos políticos tales como himnos nacionales (Smend, 1994, II: 484), pero también banderas, escudos, jefes de Estado (en especial, los monarcas), las ceremonias políticas y las fiestas nacionales o a través de acontecimientos políticos, como una batalla o a través de los derechos fundamentales. Nuestro Tribunal Constitucional, naturalmente sin citar a Smend, ha hecho suya esta visión smendiana del símbolo en la STC 94/1985.

Lo que ahora importa es que el himno sería un modo de integración material u objetiva de gran trascendencia, a juicio de Smend (1985: 96-97), pues la eficacia integradora de los símbolos es inmensa; los mismos son la representación institucional de los valores históricos, que en los símbolos quedan concentrados en un momento concreto y representados por dicho símbolo.

Y Smend da una explicación:

La enorme fuerza integradora de los contenidos simbólicos se debe, sin embargo, no sólo a que por su propia naturaleza irracional y por su propia am-

dice García Amado (2003: 342): “En el constitucionalismo alemán de la época [Weimar] hay dos autores que representan perfectamente la preocupación por el mantenimiento de la legitimación estatal como empatía de los ciudadanos con ese ente colectivo que es el Estado. El uno, Rudolf Smend, hizo la versión positiva, mostrando cómo la verdadera constitución del Estado radica en el sentimiento que hace a sus nacionales sentirse unidos ante sus símbolos (la bandera, el himno) y embarcados en su común destino; el otro, Carl Schmitt, vio mejor que nadie cuán difícilmente se mantiene la lealtad a una bandera cuando no hay un enemigo ante el que enarbolarla en la batalla”.

plitud sean vividos con especial intensidad, sino también a que el símbolo siempre es más moldeable que las formulaciones racionales y legales. La fórmula como expresión normada del contenido sustantivo es heterónoma y rígida; y hace patente a la conciencia la tensión entre el individuo y la comunidad, pero también la inclusión en el todo social. Por el contrario, la simbolización cuya fundamentación histórica se halla en la falta de expresividad propia de tiempos más primitivos, en los que el mundo de los valores estaba menos diferenciado, ha hecho de la necesidad virtud, y ha conseguido una forma de representación especialmente eficaz, y al mismo tiempo especialmente moldeable. Los contenidos valorativos simbolizados pueden ser vividos personalmente ‘tal y como yo los entiendo’, sin la tensión y el rechazo que necesariamente producen fórmulas y reglamentaciones; y además son vividos con plena intensidad, de un modo que no se consigue lograr de cualquier otra forma (p. 98).

Pero es importante destacar varias notas con relación a esta función integradora de los himnos nacionales:

- Por un lado, el himno no puede ni pretende ser una forma “neutral” de representación estatal, sino que es una manifestación simbólica que transmite también, o pretende hacerlo, ciertos valores<sup>6</sup> y determinados contenidos políticos<sup>7</sup> (no partidistas, en las democracias)<sup>8</sup> que han “cuajado” en una comunidad política, así como vivencias históricas comunes y también metas de futuro, y un sentimiento pa-

<sup>6</sup> Bochenski, condensando el pensamiento de Scheler, ya dijera con razón que “el *a priori* de lo emotivo está constituido por los valores. Son los objetos intencionales del sentir intencional, como los colores a la visión”. Cito por Lucas Verdú (1997, 115).

<sup>7</sup> Se comprende la irritación de no pocos españoles viviendo en Alemania cuando hace unos meses una cadena televisiva local empleó nuestro himno nacional como melodía para abrir un documental sobre métodos dictatoriales, centrado en la figura del Presidente ruso Putin en concreto. También se entiende, en parte, que en algunos países se plantee la conveniencia de revisar la letra del himno por sus referencias al nazismo (Alemania) o por sus contenidos supuestamente sexistas (Austria, pese a que es el único himno nacional compuesto por una mujer, seguramente: la letra habla de “hijos” y no de hijas, y de *patria*) o belicistas/agresivos (Francia, por ejemplo).

<sup>8</sup> Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 2/1983, de 23 de diciembre, de la Bandera, Escudo e Himno de la Comunidad de Madrid, los símbolos “tienen una vocación unitaria y deben, en consecuencia, estar por encima de las diversas opciones y proyectos políticos e ideológicos por correctos y ajustados que éstos sean. Recogen la herencia del pasado, las vivencias del presente y los proyectos de futuro”.

triótico ligado a todo ello (“morir por la patria es vivir”, reza el himno cubano; piénsese también en toda la historia y tradición evocada por “La Marsellesa” como himno nacional francés), sobre los que se funda una Comunidad y un Estado y que el símbolo estatal (o de la comunidad política) trata de condensar o concentrar de modo sensible. Esto resulta, desde luego, en gran medida ignorado o minusvalorado si el himno, como ocurre con el español actual, carece de toda letra oficial (esto es algo subsanable con relativa facilidad, y también hay que dejar constancia de que ha habido históricamente, a partir ya del siglo XX, una veintena de himnos nacionales en el mundo que no han tenido, al menos oficialmente, letra, siendo España solo el caso más significativo). Es verdad que la simple melodía puede ya vincularse con la identidad nacional correspondiente (los nazis, así, prohibieron la música de Mendelssohn, incluso sus *Lieder ohne Worte* o *Canciones sin palabras* por ser su autor judío),<sup>9</sup> y también con ciertos valores básicos, pero ello resulta facilitado si a la melodía se añade una letra que haga referencia expresa o tácita a tales valores o a diversos elementos aglutinadores y cohesionadores de la comunidad.

- Por otro lado, para que el símbolo funcione como forma de promoción del Estado entre los ciudadanos, de manera integradora, como dice Klein (1987: 734), es preciso que el contenido simbólico del himno resulte comprensible, accesible al ciudadano y esto presupone, por un lado, claridad simbólica en el sentido de una

<sup>9</sup> Josep Martí i Pérez, “Música y Etnicidad: una introducción a la problemática”, *Revista Transcultural de Música Transcultural Music Review*, 2, 1996, <http://www.sibetrans.com/trans/trans2/marti.htm>: “Cada vez que una persona escucha una música con carga semántica de etnicidad, se le está planteando una representación colectiva; se le muestra la “evidencia” de la existencia de un constructo cultural -la nación, el grupo étnico, el pueblo-, puntos de referencia de naturaleza simbólica pero extremadamente movilizados al mismo tiempo. El gran poder de la música reside precisamente en que refuerza el sentimiento de colectividad en relación a aquello que denota. Una persona se siente más joven (y por tanto más unido a este sector generacional) cuando escucha rock; más religiosa cuando entona el Salve Regina y por tanto más cerca de los que hacen como él; más perteneciente a su colectividad étnica cuando escucha repertorio tradicional de su país. En la confrontación directa con estas producciones musicales afloran todas aquellas significaciones asociadas que mediante los procesos enculturadores han sido machaconamente inculcadas a los individuos. Todo esto no se ignora: las músicas se instrumentalizan de manera muy consciente. Por lo que respecta a la etnicidad, los himnos nacionales —por su concepción y pragmática— representan el corolario de una experiencia secular en relación al uso de la música”.

armonía interna de las declaraciones simbólicas, pero también es necesaria la disposición del Estado a hacer un uso resuelto, aunque sin exageraciones, de sus símbolos. También Smend (1985: 97 y 169) advertía que “la integración a través del símbolo, por supuesto, sólo puede ser una integración a través de su contenido simbólico. Por tanto, no se pueden ‘inventar’ símbolos para un contenido inexistente”;<sup>10</sup> así, por ejemplo, “existen también banderas nacionales que no son el símbolo de una comunidad de valores declarada y que, por tanto, no pueden desempeñar la función integradora que les corresponde”, pero esta no ha de ser la regla general, si bien la intensidad autoidentitaria y la emotividad transmitida depende de muchos factores (piénsese, ya solo dentro de España, en un himno como el “Asturias, patria querida”, conocido en toda España y aun fuera de ella, y otro como el “Himno de Madrid”, completamente desconocido entre sus habitantes), y además, el contenido simbólico puede ser bastante controlable en el momento de la creación o elección del símbolo, pero luego con el tiempo se va llenando de contenidos mucho menos controlables.

Y dice Klein: “El modo en que los órganos del Estado y los ciudadanos tratan a los símbolos del Estado dice mucho sobre la voluntad de Estado

<sup>10</sup> Sin embargo, en este punto nos parece que no le faltaba parte de razón a Kelsen cuando criticaba la obra de Smend, si bien si este sobrevaloraba quizás la importancia del contenido valorativo de los símbolos del Estado (contrastando el valor integrador de la bandera alemana negro-rojo-dorado del *Reich* del Káiser frente a la falta de integración de la bandera negro-rojo-oro de Weimar), Kelsen (1999: 90-91) nos parece que la minusvaloraba absolutamente (no daba trascendencia integradora a una u otra bandera, era una cuestión de puro juicio político), cuando realmente el que un pueblo se sienta identificado con un símbolo tiene mucha trascendencia en cuanto a su valor integrador. Y también tenía razón Smend (2005: 10-11) cuando señalaba respecto de la bandera que su regulación en el artículo 3o. de la Constitución, al comienzo de la Constitución de Weimar, significaba, aunque los autores de la época le atribuyeran tan escaso valor, que “el pueblo de la nación alemana como tal, *de iure y de constitutione*, quiere ser uno en este símbolo y en los valores representados por este símbolo; por tanto, es una norma paralela a los derechos fundamentales y, al igual que estos, una normación de contenido objetivo fundamentador de la unidad, sólo que este contenido aquí es simbolizado, y en los derechos fundamentales, por el contrario, es formulado. El contenido del Estado de Derecho de estas normas reside en esta función constitutiva del conjunto estatal, en esta función integradora; las consecuencias particulares jurídico-administrativas [que son las que destacaba la doctrina de la época, y Smend se lo reprocha] son una cuestión técnica secundaria y subordinada en relación con aquel contenido del Estado de Derecho”.

de hecho existente”. En este sentido, es preciso reconocer, por lo que al himno y España se refiere, más allá de grandilocuentes afirmaciones ajenas a nuestra realidad política,<sup>11</sup> que en nuestro país no existe una cierta debilitación de la “voluntad de Estado” entre los ciudadanos y en lo que al Estado en sentido oficial se refiere, lo que se deduce de nuestra experiencia al respecto; por ejemplo, son significativos estos hechos:

- a) En la mayoría de los países existe una mayor presencia de los “símbolos patrios”, incluido el himno, que en España. Entre nosotros, más bien, un recurso no excepcional a los mismos (como puede ser, por ejemplo, entonar diariamente un himno en la escuela, antes de un evento deportivo no internacional, o en un acto académico universitario en España o el extranjero, al iniciar o terminar las transmisiones televisivas o radiofónicas, etcétera) tendrá para la mayoría de nosotros un contenido o significación peyorativos, por no decir de reminiscencias autoritarias (franquistas), algo difícilmente evitable, pues la historia reciente de uso y abuso por la dictadura de los símbolos patrios es una cadena de la que no es fácil liberarse, aunque ese no es el único factor que lo explica.
- b) Cuando recientemente, en la Cumbre Hispano-Francesa en octubre de 2005, tras oír a los presidentes español y el francés los sonos de “La Marsellesa” con todo respeto, comenzó a sonar nuestro Himno nacional, nuestro presidente del gobierno no solo no guardó completo silencio, sino que se dedicó a conversar amablemente y hasta riendo con un presidente autonómico, en contraste con la simultánea actitud de respeto del presidente francés Chirac al himno español, pese a que la normativa y el sentido común exigen una “actitud de respeto” como mínimo. Ello no era simplemente una anecdótica actitud de un todavía poco experimentado presidente, sino una actitud expresiva de un extendido “sentimiento” general de una cierta “indi-

<sup>11</sup> Las encuestas anuales del Centro de Investigaciones Sociológicas arrojan el siguiente resultado a la pregunta acerca de los sentimientos de los españoles encuestados cuando escuchaban el himno nacional (los resultados son parecidos para la bandera): Un 24.2% (en 1997, era un 30.3% y desde entonces ha habido un descenso casi continuo) sienten una “emoción muy fuerte” y un 35.2% (era un 37.2 % en 1997) sienten “algo de emoción” (total parcial: 59.4%; en 1997, era un 67.5%); un 12.2% sienten “muy poca emoción” (en 1997, era un 9.6%) y un 24.8% (en 1997, un 20.6%) “no sienten nada especial” (el 3% dice que “depende del acto o ceremonia de que se trate”, el 0.2% no sabe y el 0.5% no contesta; en 1997, era un 1.5%, 0.7% y 0.2%, respectivamente).



ferencia” del español hacia su himno y restantes símbolos nacionales (y falta de formación y costumbre al respecto), algo que contrasta fuertemente con lo que ocurre en casi todos los demás países.

Todo esto encuentra seguramente también parte de su explicación en la peculiar tensión de fuerzas centrífugas y centrípetas y nacionalistas en parte de nuestra nación, pero sobre todo en el uso y abuso políticos que se hizo, hasta 1978, por la dictadura de ese y otros símbolos. Esto último jugaba, indudablemente, a favor de un cambio del himno nacional en la Constitución de 1978 o a partir de su vigencia, pero tampoco puede desconocerse que la función de autorrepresentación del Estado de un modo lo más permanente *en el tiempo*, junto al consenso que caracterizó nuestra transición, y la circunstancia histórica de que nuestro himno nacional nació de un uso popular y no de una norma (formal), eran factores relevantes que podían inclinar la balanza hacia el mantenimiento del himno existente, aunque ello hubiera sido compatible con la fijación de una letra expresiva de los nuevos valores de la nueva “estatalidad española” desde 1978, algo que era deseable ya en el momento constituyente y lo sigue siendo ahora, a nuestro modo de ver, aunque solo sea por la peculiaridad (“Spain is different”) difícil de entender por otros, y que puede resultar hasta un tanto violenta (el silencio lo es con frecuencia).

Esa fijación de una letra habría servido no solo como elemento de ruptura, separación, o distanciamiento respecto del periodo anterior, sino que también habría sido una forma de lograr o fomentar esa “claridad simbólica” de que nuestro himno carece en gran medida, y también hubiera sido un modo de dotar de un determinado “contenido valorativo” a nuestro himno, identificándolo no solo con la unidad de nuestro pueblo y nuestro país como un todo indisoluble, sino también con el resto de los valores constitucionales, incluida la autonomía política de las comunidades autónomas, con una especial referencia a la dignidad de la persona y los derechos fundamentales que a ella son inherentes, y también habría sido deseable que entre ese “contenido valorativo” se encontrara una referencia a los macro-objetivos, en gran medida utópicos, de nuestro texto constitucional, en especial la “sociedad democrática avanzada”, por más que se utilizara una fórmula más “poética” que la del texto normativo. Esta es una tarea todavía pendiente en la que deberían participar políticos, literatos (especialmente, poetas), también músicos, juristas y toda la sociedad civil en general, renovando ahora en este punto el consenso transicional.

## II. LA DIMENSIÓN JURÍDICA DEL HIMNO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO Y EN EL INTERNACIONAL

### 1. *Ordenamiento jurídico interno*

#### *A. La cuestión del rango constitucional o legal o reglamentario del himno nacional*

Una primera cuestión que se plantea, en todo ordenamiento jurídico nacional, es la de si es conveniente, o al menos habitual, la constitucionalización (estatutarización, en el caso de las Comunidades Autónomas) de los símbolos del Estado, de cada uno de ellos, y también del himno nacional. Smend (1985, 105-106) ya abordó esta problemática, diciendo:

De la misma manera que en los reglamentos de cualquier asociación los primeros artículos establecen formalmente el objeto de la asociación, también las Constituciones expresan al principio el contenido de la dinámica estatal que regulan, pero no formalmente, sino por medio de símbolos tales como el territorio, los colores de la bandera y el escudo nacional, la forma de Estado y, dentro de ella, su caracterización específica, etcétera.

Lo cierto es que, hoy en día, es frecuente en las Constituciones incluir una disposición respecto de la bandera nacional, definiendo sus colores, pero en ocasiones también se incluyen referencias a otros símbolos. En este sentido, es muy significativa la Constitución francesa de 1958, que establece en su artículo 2o., a modo de recepción de una larga y muy significada tradición histórica: “La lengua de la República es el francés... El emblema nacional es la bandera tricolor, azul, blanca y roja... El himno nacional es la “Marsellesa”. El lema de la República es “Libertad, Igualdad, Fraternidad”. Su principio es: gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. A juicio de Häberle (2001, 32-34), este artículo es paradigmático de los textos constitucionales más clásicos o de cuño antiguo sobre esta materia (que conciben a los símbolos como atributos o, mejor aún, “elementos” “del Estado” que simbolizan a este como tal y han de regularse en los artículos iniciales o generales de la Constitución), y, en concreto, su inserción en el título “De la soberanía” revela que se “toma en serio, en la sistemática del texto, la concepción clásica de los símbolos del Estado”. Pero hoy en día, en general, los símbolos políticos en las Constituciones, dice nuestro autor,

“se trasladan hacia contextos diferenciados que los vinculan con los valores fundamentales del orden constitucional. Aquí encuentran su lugar, ya que justamente la Constitución del pluralismo requiere también de contenidos fundantes, pero como comunidad en que el Estado existe ‘en razón del ser humano’” y que “no entiende los símbolos que unen al todo de la sociedad abierta ‘en y para sí’ como parte del Estado, sino como elemento sustantivo del espacio público”. Y es que para Häberle los himnos, como los restantes símbolos políticos, realmente no “simbolizan” al Estado,

sino que apuntan a las dimensiones culturales de la comunidad política que, en la sociedad abierta del Estado constitucional, constituyen contenidos fundantes”, “soportan” funciones que se refieren a la sociedad civil, lo que hace “preciso cuestionarse nuevamente sobre la ubicación conceptual, y por lo tanto, el lugar sistemático, de los ‘símbolos estatales’ en el Estado constitucional.

En cualquier caso, hay que decir que si una Constitución decide consagrar un precepto que aborde la cuestión de los símbolos políticos del Estado, y en concreto el himno nacional, podríamos decir, siguiendo a Lucas Verdú, que esa regulación constitucional, según la distinción clásica de Bagehot entre las *dignified* y las *efficient parts* de la Constitución inglesa, sería una *dignified part*. Recordemos que para Bagehot (2005, 2-4) las partes *dignified* hacen referencia a “todo lo que produce y conserva el respeto de las poblaciones”, mientras que las partes eficientes aluden a los elementos que “dan a la obra el movimiento y la dirección”, y subrayaba este autor inglés que las partes *dignified* formaban

la parte esencial del gobierno cuya vitalidad garantizan. No tienen, es verdad, sino una importancia secundaria en la práctica, y podrían sin inconveniente ser reemplazados por un sistema más sencillo; pero forman, en cierto modo, los preliminares y la condición previa de la obra. No ganan la batalla, pero son quienes reclutan el ejército.

La Constitución Española, como luego se verá, no consagra ningún precepto que regule o se refiera al himno nacional, que ha quedado así “desconstitucionalizado”, remitido al legislador o, incluso, al mero reglamento.

#### B. *Función integradora ad intra del himno nacional*

Como hemos visto, Smend destacó la función integradora material que cumplían los símbolos del Estado (que, en el constitucionalismo contem-

poráneo, según Häberle, deberían operar más bien como símbolos de la comunidad política, y no meramente del Estado). Pues bien, nuestro Tribunal Constitucional, aun sin citar a Smend, asume sus puntos de vista respecto del valor integrador de los símbolos políticos:

No puede desconocerse que la materia sensible del símbolo político —en este caso, las seculares cadenas del escudo de armas navarro— trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el símbolo político acumula toda la carga histórica de una Comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa Comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada; de aquí la protección dispensada a los símbolos políticos por los ordenamientos jurídicos. Al símbolo político corresponde, pues, al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles. [En el caso que se analiza, el símbolo posee...] las características que la doctrina estima deben poseer los símbolos políticos: Es llamativo y se grava fácilmente en la memoria, lo que facilita su inmediata identificación con la Comunidad política que representa.

### C. *Estatuto jurídico reglamentario del himno nacional*

La regulación vigente se contiene en el Real Decreto 1560/1997, del 10 de octubre, por el que se regula el Himno Nacional, que la primera cuestión que plantea es la de si no sería necesaria una regulación por ley parlamentaria, algo que parece no exigir nuestro Tribunal Constitucional, al haber dado por buena esa regulación reglamentaria, si bien no compartimos ese criterio, pues nos parece claro que un símbolo del Estado solo puede ser regulado por los representantes del pueblo español, y no simplemente por el gobierno.<sup>12</sup>

Sea como sea, el reglamento en cuestión —además de regular su contenido técnico en una versión breve y otra larga (y los supuestos en que

<sup>12</sup> Esta es también la situación en Alemania, donde el himno se regula por reglamento. Y un sector doctrinal alude a la teoría de la esencialidad del Tribunal Constitucional alemán (sobre dicha teoría, Brage, 2004) para exigir que la materia se regule por ley parlamentaria (así, Murswiek, 2000: 234 y ss. y Maunz *et al.*, 2005: 68).

procede interpretar una u otra) y el orden de interpretación cuando concurra con la ejecución musical de otros himnos de terceros Estados o autonómicos— impone, bien que de una manera un tanto solapada, una “actitud de respeto” al himno nacional “de los asistentes a los actos en los que sea interpretado” y que, en el caso del personal uniformado de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad, se expresará efectuando el saludo reglamentario, y el artículo 18 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas establece que el himno “merece el máximo respeto y veneración”. No existe una más detallada regulación a fin de aclarar en qué debe concretarse esa actitud de respeto al himno nacional, pero existen prácticas de protocolo consolidadas, y comunes en gran medida para todos los países occidentales (en el Decreto de 1997 finalmente aprobado se eliminó la obligatoriedad de ejecutar la Marcha granadera en los actos oficiales a los que asistieran el rey o el presidente del gobierno<sup>13</sup> y se liberó a los civiles del deber de escuchar el himno nacional de pie,<sup>14</sup> tal y como preveía el Proyecto de Decreto, algo que había sido rechazado por políticos nacionalistas vascos y catalanes). En cualquier caso, si se interpretan los himnos de otros Estados, o de alguna comunidad autónoma, a los mismos se les debe mostrar la misma actitud elemental de respeto que al propio (ponerse de pie, descubrirse la cabeza en su caso, guardar silencio, etcétera), pues aunque no lo diga expresamente ninguna norma (e incluso se haya descartado su inclusión), lo dicta la educación y el sen-

<sup>13</sup> El Proyecto decía: “Cuando las personas reales o autoridades a que se refiere el artículo 3 [presidente del Gobierno y representantes oficiales de España] del presente Real Decreto asistan a actos oficiales de carácter general, organizados por una comunidad autónoma o corporación local dentro de sus respectivos territorios, la interpretación del Himno Nacional de España se realizará de acuerdo con los siguientes criterios:...”. El Decreto finalmente aprobado, y hoy vigente reza: “De acuerdo con la costumbre y usos protocolarios habituales, cuando las personas reales o autoridades a que se refiere el artículo 3 [presidente del Gobierno y representantes oficiales de España] del presente Real Decreto asistan a actos oficiales de carácter general, organizados por una comunidad autónoma o corporación local, siempre que la naturaleza del acto requiera la interpretación del Himno Nacional, éste se realizará de acuerdo con los siguientes criterios:...”.

<sup>14</sup> El Proyecto de Decreto decía: “Durante la interpretación del Himno Nacional de España, todos los presentes deberán permanecer en pie y en actitud respetuosa, y el personal uniformado de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad efectuará el saludo reglamentario”. El Decreto finalmente aprobado reza: “La actitud de respeto al Himno Nacional de los asistentes a los actos en los que sea interpretado se expresará, en el caso del personal uniformado de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad, efectuando el saludo reglamentario”.

tido común más elementales y la propia “actitud de respeto” que sí exige la norma explícitamente.

Y en cuanto a la protección penal del himno, el artículo 543 del Código Penal establece que “las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses”. Esta protección penal, que equipara las ofensas o ultrajes a los símbolos del Estado a las ofensas o ultrajes al Estado mismo, es algo que ha dado lugar, como en otros países, al problema del conflicto entre la protección de los símbolos estatales y los derechos fundamentales, singularmente la libertad de expresión, pero que en España se ha planteado ante el Tribunal Constitucional en unos términos distintos que en otros países.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> El problema se planteó en España, en concreto, con relación a la bandera nacional. El artículo 123 del Código Penal disponía por aquel entonces que: “Los ultrajes a la nación española o al sentimiento de su unidad, al Estado o su forma política, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor, y si tuvieren lugar con publicidad, con la de prisión mayor”. Y el artículo 10, párr. 3, de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, reguladora del uso de la bandera nacional y de otras banderas y enseñas, establecía lo siguiente: “Los ultrajes y ofensas a las banderas a que se refiere el artículo 3 de esta Ley, se consideran siempre como cometidas con publicidad a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo 123 del Código Penal”. El problema que se planteó ante el Tribunal Constitucional, a través de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un tribunal ordinario, es si ello era o no conforme a los artículos 81.1 (reserva de ley orgánica) y 17 (libertad personal) y 25 (principio de legalidad penal) CE. La STC 118/1992, de 16 de septiembre, recordó que “es constitucionalmente posible la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta (STC 122/1987): Norma que, por su carácter instrumental, no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley orgánica, según el artículo 81.1 CE, en relación con el 17.1. Ahora bien, ese reenvío normativo a normas no penales procederá únicamente si se dan determinados requisitos: Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”. Partiendo de esta doctrina general, el Tribunal aprecia la inconstitucionalidad del mencionado artículo 10,3 de la Ley de la Bandera, pues este precepto, al establecer que los ultrajes y ofensas a las banderas a que se refiere el artículo 3 de la Ley, esto

En la jurisprudencia ordinaria,<sup>16</sup> se ha podido apreciar “ausencia de acción de menosprecio a la bandera como símbolo del Estado español en el hecho visionado en un fotograma consistente en un individuo diciendo algo por megáfono cuyo pie izquierdo se encuentra situado sobre un trozo de escasa extensión de una bandera española quemada” [Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 213/2003 Madrid (Sección 4ª), de 5 junio]; o se ha encontrado un “claro ánimo menospreciativo” en la conducta de arriar la bandera nacional colgada del edificio de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa y tirarla sobre la calzada, habiendo avisado previamente a los medios de comunicación para dar relevancia al acto [Sentencia de la

es, la bandera de España, “se considerarán siempre como cometidas con publicidad a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo 123 del Código Penal”, está imponiendo la aplicación automática, en todos los supuestos, independientemente de la publicidad real de los hechos que se cometan, del tipo agravado por la publicidad previsto en el artículo 123, *in fine*, del Código Penal. Ello implica que los ultrajes de que se trata a la bandera de España han de castigarse siempre con la pena del citado tipo agravado recogido en el artículo 123 del Código Penal (prisión mayor). No se trata, en este supuesto, de una manifestación o utilización de las llamadas leyes penales abiertas o imperfectas, que pudiera justificar la ausencia de rango de Ley orgánica de una norma que completase o integrase un mandato legal. El artículo 123 CP no se remite a otras normas para precisar el concepto de ‘publicidad’, integrante del tipo agravado contenido en el mismo artículo: Por el contrario, es el artículo 10.3 de la Ley 39/1981 el que se remite al Código Penal. Pero, además, no es posible considerar que el citado precepto del Código Penal contenga el núcleo o determinación esencial de la agravación (luego prevista en el artículo 10.3 que se cuestiona) de forma que quepa su integración por otras normas sin rango de Ley orgánica. El artículo cuestionado, pues, no viene a completar o integrar un precepto penal abierto mediante una norma de carácter instrumental. Por el contrario, el artículo 10.3 de la Ley 39/1981, supone una ampliación del tipo agravado del artículo 123 CP, al incluir en el mismo un supuesto adicional no contenido en el precepto penal. En efecto, la Ley cuestionada no se limita tan solo a imponer un deber de publicidad que coincida con el ámbito de la protección penal que ya existía para casos indefinidos, sino que también y a los efectos ahora planteados, establece la *fictio legis* de que los ultrajes y ofensas a la bandera de España se considerarán siempre como cometidos con publicidad a los efectos agravatorios previstos en el artículo 123 del Código Penal. En este sentido, es preciso distinguir, de un lado, el deber de publicidad de la bandera nacional y otras banderas y enseñas que se deriva de la Ley 39/1981, y la publicidad de los ultrajes y ofensas a las que se refiere la modalidad agravada del artículo 123 del Código Penal, de otro, puesto que una cosa es el deber de publicidad y ostentación de las banderas y otra distinta la publicidad en la comisión de los actos de ultraje y ofensa a las banderas”.

<sup>16</sup> Véase también, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1112/1996 (Sala de lo Penal), de 26 diciembre, o la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 11/1995 (Sala de lo Militar), de 16 febrero.

Audiencia Provincial Guipúzcoa (Sección 2<sup>a</sup>), del 23 de enero de 2002, que precisa que el ultraje u ofensa puede ser verbal, escrito, real, e incluso implícito u omisivo]. Esta sentencia, sea cual sea la solución que se juzgue adecuada en España, en cualquier caso ignora por completo (más allá de una mención puramente “pro forma”, y con cita y apoyo en jurisprudencia del franquismo) el juego de la libertad de expresión, que resulta incuestionable cuando, como en el caso enjuiciado, se trata de expresar una opinión política de insumisión frente al Estado español y francés en el País Vasco y que no podía descartarse sin más a partir de la apreciación de la existencia de un *animus iniurandi*, sino que se imponía una interpretación que tomara en cuenta los derechos fundamentales de los acusados.

La Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 102/1999 de Valencia (Sección 1<sup>a</sup>), del 24 marzo, en fin, se refiere al caso de unos seguidores del Barcelona F.C. que se toparon con los seguidores de otro equipo, el F.C. Mallorca, les arrebataron una bandera que portaban y luego la quemaron en su presencia, hipótesis en que la libertad de expresión sí que tiene ya un escaso juego. En este último caso, dice la Audiencia Provincial:

Es claro que una bandera española, conformada por dos franjas rojas, separadas por otra franja más ancha de color amarillo, permite identificar uno de los símbolos más característicos de España, aunque formalmente no tenga todos los atributos reglamentarios de la bandera oficial que ondea en cualquier organismo público. Pero todo el mundo sabe que una tela que presenta esas características es un símbolo de España.

A partir de ahí tiene explicación la conducta de los acusados, quienes arrebataron la bandera a quienes la portaban y le prendieron fuego, lo que denota bien a las claras que lo hicieron no sólo para fastidiar o enfrentarse con sus rivales deportivos, sino el propio tiempo para ultrajar o denostar lo que es símbolo de España y merece un pleno respeto por cada persona que se halla en territorio español. Con lo que es indudable la concurrencia de dolo preciso para configurar el tipo delictivo enjuiciado.

Cosa distinta es que, sin realizar actos ni realizar expresiones ultrajantes, se manifiesten ideas u opiniones contrarias a la unidad de España, de signo claramente independentista, cosa que, si es realizada con el debido respeto, tiene pleno amparo legal.

Por tanto, desde nuestro punto de vista, cuando se trate de enjuiciar si una conducta encaja en el tipo de ofensas o ultrajes al himno (u otros símbolos del Estado o las Comunidades Autónomas), es imprescindible valorar si los acusados estaban ejercitando un derecho fundamental (por ejemplo,



libertad de expresión o libertad artística, mediante la sátira, etcétera) y, de ser así, colocarlo en el otro platillo de la balanza en que ha de llevarse a cabo la oportuna ponderación, valorando si la conducta pretendía atacar al Estado como tal (representado a través del símbolo) y sus valores y tradiciones en que se basa o solo atacar o criticar a determinadas instituciones o regulaciones (en este último caso, debe ceder la protección penal en principio) (Maunz/Zippelius/Würtenberger, 2005: 68 y 69, a partir de la jurisprudencia constitucional alemana). Desde luego, también nos parece que no debe ser punible el ultraje sin publicidad.

No se prevé nada, en fin, respecto de la enseñanza o interpretación en las escuelas del himno nacional,<sup>17</sup> lo que resulta menos llamativo en España que en otros países, al carecer nuestro himno al día de hoy de letra, a diferencia de casi todas las Naciones (... o comunidades autónomas, ¡desde 2003 también el himno canario tiene ya letra!), donde se plantea, así, el problema, desconocido para nosotros, de que los ciudadanos ignoren, en un porcentaje elevado, la letra de su himno (al menos, la letra completa). Sin embargo, sí se da a veces entre nosotros la paradoja de que es obligatorio enseñar el himno autonómico en la escuela, pero no el nacional.

## 2. Ordenamiento jurídico internacional

En cuanto al derecho internacional, este no exige que un Estado independiente tenga un himno nacional, pero prácticamente no existen países que no tengan uno (hasta hace poco, Afganistán, pues durante el periodo talibán, de 1999 a 2002, todo tipo de música estuvo prohibida, o Alemania de 1945 a 1949), pues hoy en día (a partir de los comienzos del siglo XX, especialmente con el desarrollo de las telecomunicaciones) es un símbolo casi indispensable de la identidad nacional (casi al nivel de una bandera y desde luego más que un lema o divisa).

<sup>17</sup> Véase *El País*, edición de Andalucía, del 12 de marzo de 2005, donde se relata el caso de una maestra acusada de haber amenazado o coaccionado a un alumno para aprender el Himno andaluz, siendo finalmente absuelta de una falta penal. En numerosos países se está planteando la conveniencia de introducir o reforzar la enseñanza del himno nacional en las escuelas (incluso en Estados Unidos). En Francia, la ley *Fillon*, de reforma educativa (2005), incluye la obligación del aprendizaje de la Marsellesa en la educación infantil y primaria.

### III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL HIMNO Y EL NECESARIO CONTRAPESO O *BALANCING* CON DERECHOS FUNDAMENTALES EVENTUALMENTE COLISIONANTES (EN ESPECIAL, EL LENGUAJE OFENSIVO AL HIMNO)

Es obvia la necesidad de protección jurídica del himno, dada la trascendencia de su función y el valor para la comunidad de lo por él expresado o simbolizado, pero no lo es menos que esa protección puede entrar en colisión con otros bienes jurídicos, particularmente los derechos fundamentales, y muy en especial el derecho a la libertad de expresión, al menos si partimos de que el ámbito normativo de esta libertad se extiende no solo a la expresión escrita u oral, sino también a la llamada expresión simbólica, incluida la ofensiva para los símbolos.

Esta problemática no se ha planteado como tal en España en la jurisprudencia constitucional, aunque sí en la jurisprudencia ordinaria (como hemos mencionado), y ello en todo caso es objeto de otro trabajo monográfico en esta obra, pero sí corresponde aquí hacer referencia a esta problemática de la protección penal del símbolo nacional frente al ejercicio de derechos fundamentales por los ciudadanos, ofendiendo o ultrajando alguno de tales símbolos, en el derecho comparado. Este problema se ha planteado en diversos países, aquí nos referiremos a Estados Unidos, Francia, Alemania y México, bien que no respecto del himno o himnos nacionales sino que respecto de las banderas nacionales, pero entendemos que la problemática es en ambos casos muy similar. Y dado que nos parece que puede afirmarse que en estos países se consagran diferentes filosofías o soluciones posibles a esta cuestión, y también a la más general del *offensive speech lato sensu*, dentro del que pueden englobarse las expresiones (simbólicas, básicamente) que ofenden a los símbolos nacionales, creemos que ello puede tener interés para España, donde la cuestión no ha sido abordada suficientemente. A ello pasamos a referirnos.

a) *Estados Unidos*. En 1984, en Dallas (Texas), mientras se celebraba la Convención Nacional Republicana, un pequeño grupo conocido como *Revolutionary Communist Youth Brigade* se manifestó por el centro de la Ciudad en contra de la política del entonces presidente Reagan y el riesgo de guerra nuclear. En el contexto de la manifestación, uno de sus cabecillas, cuando la manifestación estaba delante del Ayuntamiento, elevó una bandera americana, la roció con gasolina y le prendió fuego, poniéndose a cantar el

grupo entonces “red, white and blue, we spit on you” (“rojo, blanco y azul, escupimos sobre tí”). Uno de los muchos curiosos atraídos por esta conducta fue Daniel Walker, quien recogió los restos carbonizados de la bandera y los enterró en su jardín. La Fiscalía procedió criminalmente contra Johnson como autor de un delito de profanación de la bandera cuyo tipo exigía que “uno o varios de los presentes” se sintiesen “repelidos”, lo que tenía que probar el Estado federado, y Daniel Walker declaró que él se había sentido repelido. El fiscal consideró que su conducta era un delito de *desecration of the national flag* y que, además, Johnson había perturbado el orden público (*breach of the peace*) y representaba por lo que hacía y por lo que pensaba (*by what he does and by the way he thinks*) un peligro para Texas.

El jurado condenó a Johnson a una pena privativa de libertad de un año y multa de 2000 dólares. Johnson apeló y alegó que su conducta era *symbolic speech* protegido por la Primera Enmienda de la Constitución. El Tribunal de Apelaciones del 5o. Distrito, de Texas, confirmó la condena. Johnson recurrió entonces al Tribunal de Apelaciones Criminales de Texas, quien consideró que la condena penal era contraria a la primera enmienda.

La Fiscalía entonces recurrió al Tribunal Supremo, quien decidió, por cinco votos contra cuatro, que el interés en la protección de la bandera, como símbolo de la unidad nacional, por el Estado de Texas no justificaba una restricción de la libertad de expresión de opiniones que hiciera antijurídica la quema de una bandera. El Tribunal aplicó un triple test a la ley:

- 1) El Estado federado tenía la carga de la prueba de que tenía un “interés apremiante” (*compelling interest*) en la protección de la bandera.
- 2) Los Estados federados no podían penar una libre expresión de una opinión, no importa lo ofensiva que fuera.
- 3) Incluso si Johnson hubiese herido notablemente a Walker en sus sentimientos, ello no era suficiente para la perturbación del orden y la paz pública.

El Tribunal Supremo consideró que no había razones para no aplicar a la bandera la doctrina general de la libertad de expresión: el gobierno no puede prohibir a sus ciudadanos la expresión de una determinada idea simplemente porque la sociedad la considere en sí misma ofensiva o desagradable, incluso si la idea afecta al corazón del orden existente y es desafiante y despectiva; el Estado no puede obligar más al ciudadano a la conducta deseada respecto de la bandera que respecto de otras ideas. La

solución a que se acoge el Tribunal es la solución habitual en aquel país, la “doctrina americana standard”: contrarrestar el mensaje ofensivo con el punto de vista de otros y la tolerancia de la crítica (Eberle, 2002, 228-229). El Tribunal considera, en suma, que “we do not consecrate the flag by punishing its desecration, for in doing so we dilute the freedom that this cherished emblem represents”. El juez Kennedy, en su voto particular, tras poner de relieve lo doloroso de dictar una sentencia como esta, manifestó que no tenía dudas de que era la solución adecuada a la Constitución, pues:

Though symbols often are what we ourselves make of them, the flag is constant in expressing beliefs Americans share, beliefs in law and peace and that freedom which sustains the human spirit. The case here today forces recognition of the costs to which those beliefs commit us. It is poignant but fundamental that the flag protects those who hold it in contempt.

Esta decisión del Tribunal Supremo, como tantas otras, fue como un terremoto, y causó un hondo pesar en muchos, especialmente del Partido Republicano. El presidente Bush padre abogó por una enmienda constitucional para superar (*overrule*) la sentencia del Tribunal Supremo, pero la mayoría demócrata, que no quería que se les pudiera ver como anti-patriotas, no quería reformar la Constitución, por lo que finalmente se aprobó una mera ley ordinaria que castigaba como autor de delito al que, a sabiendas, mutilara, quemara, desfigurara, manchara, tirara al suelo, o pisoteara cualquier bandera de los Estados Unidos (pena de multa o prisión hasta un año o ambas penas): era la *Flag Protection Act 1989* (Ley de Protección de la Bandera de 1989).

La cosa no acabó ahí, sino que continuó de un modo en que Johnson, conscientemente o no, estaba decidido a actuar, con su conducta, como verdadero intérprete (no técnico) de la Constitución, haciendo así operativa en este campo lo que Häberle ha denominado la “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”. En efecto, Johnson, con la ayuda de una artista newyorkina, Shawn Eichmann, quemó de nuevo una bandera estadounidense, pero esta vez lo hizo en las escaleras del Capitolio, y allí Eichmann, ante la bandera que se incineraba, manifestó: “Quema tú también esta bandera. Es rápido, es cosa de niños. Puede ser que la ley lo prohíba, pero sabemos que es correcto hacerlo”. Ambos fueron condenados. En Seattle, Washington, Mark Haggerty también quemó una bandera estadounidense ante una Oficina de Correos, y también fue juzgado y condenado. Finalmente, el Tribunal Supremo casó estas condenas

penales, considerando que la Ley de Protección de la Bandera de 1989 era inconstitucional.

La polémica no está cerrada, pues posteriormente se han presentado varias propuestas de reforma constitucional para superar esta interpretación del Tribunal Supremo en este campo. Sin embargo, ninguna de ellas ha logrado el apoyo suficiente. La reforma constitucional es, como se sabe, el mecanismo que garantiza que el Tribunal Supremo, si adopta una decisión completamente inaceptable para el pueblo, no pueda imponerse a la voluntad de este, un mecanismo cuyo uso con tal finalidad se ha verificado en los propios Estados Unidos en más de una ocasión, y la circunstancia de que en este ámbito no se haya utilizado de manera efectiva demuestra precisamente que la interpretación del Tribunal Supremo podrá no gustar a amplias capas de la población y la clase política, pero es una interpretación que a la postre, y aunque sea a regañadientes, toda la población y clase política ha terminado por acatar, aunque no compartan su motivación (integración). El último intento de reforma constitucional se ha producido en junio de 2006, y tras ser aprobada la enmienda por la Cámara de representantes (como en otras ocasiones anteriores), por un solo voto no se alcanzó la mayoría de dos tercios precisa en el Senado para iniciar la reforma constitucional.

*b) Alemania.* En el caso de un librero que vendió un folleto que incluía un *collage* que mostraba a un soldado orinando sobre la bandera nacional alemana, el librero fue condenado penalmente conforme al artículo 90 a, 1 del Código Penal alemán (ultraje a la bandera), pero el Tribunal Constitucional consideró que ello vulneraba la libertad artística como derecho fundamental, pues si bien la bandera es un importante símbolo de integración política por medio de los valores que representa, y por ello el ultraje de la misma puede dañar la autoridad del Estado, sin embargo tales símbolos, a juicio del Tribunal, disfrutaban de protección constitucional solo en tanto que los mismos representan los valores básicos de la República Federal de Alemania, pero sin que ello pueda conducir, a la vista de la libertad de arte como derecho fundamental, a una “inmunización” del Estado frente a la crítica o incluso la desaprobación; al no haber tomado en cuenta y valorado adecuadamente el juego de la libertad artística en este caso, el Tribunal Constitucional otorga el amparo. El Tribunal Constitucional, en suma, atiende a que el *collage* o montaje fotográfico realmente es una caricatura, un retrato satírico, de modo que el ataque no va dirigido contra la bandera, sino que la caricatura expresaba primariamente en este caso una tendencia antimilitarista, y por ello una desaprobación, si es que no un aborrecimiento, del servicio militar.

c) *Francia*. En 2003, se aprobó la Ley 239/2003, del 18 de marzo, de Programación para la Seguridad Interior (Ley Sarkozy), que creaba el delito de ultraje a la bandera y al himno nacional franceses en estos términos:

En el transcurso de una manifestación organizada o regulada por las autoridades públicas, el hecho de ultrajar, de ofender en público el himno nacional o la bandera tricolor será condenado a una multa de 7500 euros.

Cuando el hecho es cometido en grupo, el desacato será castigado con seis meses de prisión y multa de 7500 euros.

Sobre su constitucionalidad se pronunció el Consejo Constitucional, quien al interpretar la expresión legal “manifestación organizada o regulada por las autoridades públicas”, a la vista de la historia legislativa, limitando su aplicación a manifestaciones públicas de carácter deportivo, recreativo o cultural celebradas en recintos sometidos a reglas de seguridad e higiene en atención al elevado número de asistentes. Y así, por ejemplo, se excluyeron los “ultrajes” en obras del intelecto, en clubs privados o en manifestaciones no organizadas o reguladas por las autoridades públicas. Sin embargo, el precepto se declaró constitucional con tales cautelas, y la pena no se consideró desproporcionada. En cualquier caso, este nuevo delito, incluido por lo demás en una ley muy polémica de lucha contra el crimen que restringía considerablemente diversas libertades dio lugar a protestas de numerosos colectivos que consideraban que la ley vulneraba la libertad de expresión, aun en las condiciones mencionadas.

d) *México*. En 2002, un poeta de cierto renombre, Sergio Witz, publicó un poema, que ciertamente no brillaba por su calidad literaria, titulado “La patria entre mierda” en una modesta publicación local, por el que fue perseguido criminalmente por la Fiscalía ya años después, enfrentándose a la siguiente pena: “Seis meses a cuatro años de prisión o multa de 50 a 3 mil pesos, o ambas sanciones, a juicio de juez”. El poema era este: “Yo/ me seco el orín en la bandera/ de mi país,/ ese trapo/ sobre el que se acuestan/ los perros/ y que nada representa,/ salvo tres colores/ y un águila/ que me producen/ un vómito nacionalista/ o tal vez un verso/ lopezvelardiano/ de cuya influencia estoy lejos,/ yo, natural de esta tierra/ me limpio el culo/ con la bandera/ y los invito a hacer lo mismo:/ verán a la patria/ entre la mierda/ de un poeta”. En 2005, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia dictó una sentencia en un proceso de amparo por la que, por tres votos contra dos, se dejó vía abierta a la continuación de la causa criminal contra el poeta citado, considerando que cualquier

ultraje a la misma afecta la estabilidad y la seguridad de nuestra nación y que el poema “ofendió la moral pública, afectó derechos de terceros, contravino la paz y el seguridad social, y perturbó el orden público”.<sup>18</sup> Frente a la argumentación bastante hueca y poco convincente de la sentencia, los dos magistrados discrepantes sostuvieron, con toda razón, la primacía en este caso de la libertad de expresión. Y es que realmente, sin entrar en la legitimidad de la existencia de un tipo penal de ultraje a los símbolos del Estado, lo cierto es que en su aplicación no puede desconocerse el juego que ha de tener la libertad artística (o, más en general, la de expresión), máxime frente a una sanción penal de gran efecto disuasorio (*chilling effect*) de los derechos fundamentales, y en el caso salta a la vista que no había ningún “peligro claro y presente”, y desde luego no puramente hipotético o artificial, de violencia o incitación a la misma u otras razones similares, que pudieran eventualmente justificar, previa ponderación, el recurso a la pena (por lo demás, prevista con una indeterminación extrema).

Pero si el conflicto comentado, libertad de expresión o artística *versus* protección de los símbolos, es el caso más significativo de colisión de la protección jurídica de la bandera (extensible, *mutatis mutandis*, al himno nacional) y los derechos fundamentales, desde luego no es el único posible ni imaginable. Un ejemplo que la realidad nos ha ofrecido recientemente es el conflicto entre la protección jurídica del himno y la libertad religiosa en Rusia, donde un periodista y escritor ruso, militante ateo, Alexandre Nikonov, ha presentado una demanda ante la Corte Constitucional de su país, tras fracasar en su intento de lograr el amparo de los tribunales ordinarios frente a una cadena nacional de televisión que retransmitía el himno nacional diariamente a las seis de la madrugada, lo que él combatió por entender que dicho himno, en la parte de su letra que describe al país como una “tierra protegida por Dios” era contrario al artículo 14 de la Constitución (Rusia como Estado laico) y al artículo 13 del mismo texto, que subraya la diversidad ideológica y prohíbe una ideología de Estado dominante.

<sup>18</sup> Frente a esta visión tan formalista e insensuada, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en el comentado caso *Texas v. Johnson*, pese a que se trataba de una expresión mucho más “agresiva” por todas sus circunstancias, consideró que no estábamos ante “fighting words”, esto es, expresiones que probablemente inciten a la persona media a la represalia y con ello causen una quiebra de la paz, sino que estimó que “ningún observador razonable habría considerado la expresión generalizada de Johnson de descontento con las políticas del Gobierno Federal como un insulto directo personal o una invitación a intercambiar una pelea a puñetazos”. Esta razonabilidad media brilló por su ausencia en la sentencia mexicana, a nuestro juicio.

En último término, todos estos supuestos ponen de relieve la existencia de una tensión entre los símbolos del Estado y los derechos fundamentales de sus ciudadanos, que también han de ser un símbolo básico de un Estado. Esta tensión se resuelve en unos países dando una primacía absoluta o cuasi-absoluta a la libertad, que excluye la sanción penal y haciendo ver que la libertad que la bandera también simboliza protege incluso a quienes la atacan (Estados Unidos, optando así por una solución con primacía del individualismo y el liberalismo); en otros, dando una protección absoluta a los símbolos patrios, y sin apenas prestar atención a la libertad de expresión en juego (en parte, en España, y mucho más agudamente, México: solución con primacía del estatismo), y en otros, en fin, se adoptan soluciones intermedias que permiten la sanción penal en principio, pero exigen una ponderación casuística del “derecho fundamental *versus* la necesaria protección de los símbolos patrios por lo que representan”, todo ello a la luz de la proporcionalidad (Alemania) y distinguiendo según que la expresión de que se trate se dirija o no contra el símbolo patrio en sí. Desde nuestro punto de vista, la solución estadounidense y la alemana reflejan las dos soluciones legítimas en principio, mientras que la solución mexicana (y quizá la española) responden a una mentalidad que desconoce el valor de los derechos fundamentales, por mucha que sea la importancia que se reconozca a los símbolos del Estado.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- BAGEHOT, Walter, 2005, *La Constitución inglesa*, trad. de Adolfo Posada y estudio introductorio de Alonso Lujambio y Jaime Martínez Bowness, México, UNAM.
- CORRADI, Juan Eugenio, 2006, *Los hilos del desorden. Primeras trayectorias geopolíticas del siglo XXI*, BMS, Colección Opinión Sur.
- EBERLE, Edward J., 2002, *Dignity and Liberty*, Westport-Londres, Praeger.
- GARCÍA Amado, Juan Antonio, 2003, “¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?”, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, 1991, “Ensayo de una teoría de los símbolos políticos”, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- KELSEN, Hans, 1999, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, trad. y estudio introductorio de Juan Antonio García Amado, Madrid, Altaya.



- MAUNZ, Theodor *et al.*, 2005, *Deutsches Staatsrecht*, C.H.Beck, Múnich.
- MURSWIEK, Dietrich, 2000, “Verfassungsfragen der staatlichen Selbstdarstellung. Anmerkungen zur Staatspflege und zur staatlichen Selbstdarstellung im demokratischen Verfassungsstaat”, en MURSWIEK, Dietrich *et al.* (Hrsg.), *Staat-Souveränität-Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag*, Schriften zum öffentlichen Recht, Berlín, Duncker & Humblot, vol. núm. 814.
- ROSATTI, Horacio D., 1994, “La estatidad comprometida”, en el Ciclo de Autoridades del Gobierno Nacional, *Hacia la Argentina que queremos: Reflexiones sobre el Estado*, conferencia en el INAP-Instituto Nacional de la Administración Pública, Buenos Aires, 30 de septiembre de 2004.
- SMEND, Rudolf, 1985, *Constitución y derecho constitucional*, trad. de José María Beneyto Pérez, Madrid, CEC.
- , 1994, I, “Integrationslehre”, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlín, Duncker & Humblot.
- , 1994, II, “Integration”, en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 482 y ss.
- , 2005, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el tribunal constitucional alemán*, trad. y estudio preliminar de Joaquín Brage Camazano, México, UNAM.



## VARIABLES JURÍDICO CONSTITUCIONALES DE LA REFORMA ENERGÉTICA

*En memoria del doctor Jorge Carpizo*

Jaime CÁRDENAS

Sumario: I. *Introducción.* II. *Variables y consecuencias jurídicas de la reforma constitucional energética.* III. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

Las principales fuerzas políticas del país durante 2013 presentaron al Senado de la República iniciativas de reforma energética. El titular del Ejecutivo federal y legisladores del PAN formularon iniciativas de modificación constitucional a los artículos 27 y 28 de la carta magna. Los legisladores del PRD proponen modificaciones al ordenamiento jurídico secundario.

El objetivo de la reforma constitucional del Ejecutivo y del PAN consiste en abrir el sector de los hidrocarburos y de la electricidad a la inversión privada, ya sea a través de contratos de utilidad compartida, de concesiones y de permisos. Aunque las iniciativas no fueron muy explícitas en la apertura en esos sectores a la inversión privada extranjera, todo parece indicar que la finalidad de las mismas, es permitir el ingreso a nuestro país de las grandes empresas petroleras del mundo, tales como Exxon Mobile, Chevron, la Royal Dutch Shell o British Petroleum, y también de las empresas mundiales de la electricidad.

La reforma constitucional se justifica por parte del gobierno señalando que Pemex y CFE son organismos con grandes problemas económicos y que los sectores de los hidrocarburos y la electricidad requieren de grandes inversiones y de tecnología. Ambos fundamentos son insostenibles porque Pemex antes de pagar las contribuciones a la Hacienda nacional es una de las primeras empresas petroleras del mundo. En

cuanto a la carencia de tecnología, ésta puede ser adquirida en el mercado internacional sin tener que liberalizar el sector eléctrico o el de los hidrocarburos.<sup>1</sup>

La aprobación de la reforma constitucional energética, según el modelo del Ejecutivo federal y del PAN, comportará grandes y graves consecuencias a nuestro país. Este artículo expone de manera pormenorizada esas consecuencias y riesgos, suponiendo que la reforma constitucional a los artículos 27 y 28 de la Constitución ha sido ya aprobada.<sup>2</sup>

## II. VARIABLES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ENERGÉTICA

### 1. *Inconstitucionalidad de la reforma constitucional a los artículos 27 y 28 de la carta magna porque afecta los principios políticos fundamentales*

Aunque el Constituyente de Querétaro formalmente aprobó solo los dos primeros principios constitucionales en materia de petróleo,<sup>3</sup> el tercero y el cuarto fueron producto de tres reformas —las de 1940, 1960 y 1983—, las que no significaron un cambio en la línea original del Constituyente, sino que adaptaron la regulación constitucional en materia de petróleo al sentido básico de las normas de Querétaro, que es la de considerar estos recursos como propiedad de la nación, de todos los mexicanos, parte de nuestra soberanía. El que se prohíban las concesiones y los contratos a los particulares responde al carácter social del derecho de la nación sobre los

<sup>1</sup> Sobre estos y otros argumentos falaces véase Bartlett Díaz, Manuel (coord.), *Estrategia urgente en defensa de la nación. Política energética para que México sea potencia económica en el siglo XXI*, México, Partido del Trabajo, 2013.

<sup>2</sup> Este artículo se presenta antes de la aprobación de la reforma constitucional a los artículos 27 y 28 constitucionales.

<sup>3</sup> Los principios constitucionales son: 1) el que señala la propiedad originaria de la nación sobre las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, la que tiene el derecho de transmitir su dominio a los particulares para que éstos constituyan la propiedad privada; 2) el del dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación sobre todos los recursos naturales del subsuelo, incluyendo los hidrocarburos; 3) el de la explotación directa de los hidrocarburos por parte de la nación, en consecuencia la prohibición expresa de otorgar a particulares concesiones o contratos en la materia, según lo disponga la ley reglamentaria, y 4) el que expresa que los hidrocarburos y la petroquímica básica constituyen un área estratégica de la economía nacional y que el sector público las tendrá a su cargo de manera exclusiva (reformas a los artículos 25 y 28 constitucionales).

hidrocarburos, que toma en cuenta la negativa experiencia histórica de las compañías privadas, principalmente extranjeras, que se habían apartado de cualquier interés a favor de la nación, o el que se considere al petróleo un área estratégica del Estado, y que solo a él le corresponda la explotación de estos recursos, constituyen reformas consecuentes con la visión constitucional del Constituyente de Querétaro. Todas esas modificaciones refuerzan el principio del dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación sobre todos los recursos naturales del subsuelo, de manera destacada de los hidrocarburos.<sup>4</sup>

Es importante mencionar, como dice Guastini, que una cosa es modificar la Constitución sin alterar su identidad, es decir, los principios supremos que la caracterizan y distinguen de otras Constituciones, y otra es, introducir principios supremos diversos de los de la Constitución precedente, ya que en ningún caso puede la reforma constitucional ser utilizada para modificar los principios supremos de la Constitución existente.<sup>5</sup> Las reformas constitucionales de 1940, 1960 y 1983 en materia de petróleo, no variaron o modificaron la identidad sobre los principios de dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación sobre los hidrocarburos, sino que adaptaron los principios aprobados por el Constituyente a los requerimientos sociales e históricos del momento, para eliminar sus debilidades formales, que solo podían surgir a la luz de la práctica constitucional del país. Así por ejemplo, la adición de 1940 —que prohíbe concesionar los hidrocarburos— fue totalmente necesaria para contener los abusos de las compañías petroleras extranjeras que no habían respetado en los hechos la soberanía energética del país ni los principios del constituyente de Querétaro; la reforma de 1960 fue necesaria porque los intereses privados con la complicidad del sector público habían hecho nugatoria en los hechos la prohibición de las concesiones sobre los hidrocarburos a través de la figura de los contratos de riesgo, y la reforma de 1983 constituyó el cierre o perfeccionamiento constitucional de los principios en la materia, para tajantemente señalar que los hidrocarburos son área estratégica del Estado y que sólo al sector público le corresponde su explotación en las distintas fases de la industria petrolera.

Si las reformas de 1940, 1960 y 1983 hubiesen tenido por propósito debilitar los principios del Constituyente de Querétaro, estableciendo que la nación ya no tenía el dominio directo, inalienable e imprescriptible so-

<sup>4</sup> Consultar Cárdenas Gracia, Jaime, *En defensa del petróleo*, México, UNAM, 2009.

<sup>5</sup> Guastini, Riccardo, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, *Estudios de Teoría Constitucional*, trad. de Miguel Carbonell, México, Fontamara, 2001, p. 203.

bre los hidrocarburos, o favoreciendo a los particulares con la explotación de esos recursos por encima de los intereses de la nación; esas modificaciones constitucionales hubiesen implicado la destrucción de la Constitución, la alteración de la misma, por un órgano incompetente como lo es poder revisor de la Constitución. En esta tesitura, Carl Schmitt decía que los órganos de reforma constitucional no son titular o sujeto del Poder Constituyente —son un órgano constituido— ni están comisionados para su ejercicio permanente, por lo que a través de los procedimientos de reforma previstos en las Constituciones no es factible dar una nueva Constitución ni trastocar o suprimir una decisión política fundamental.<sup>6</sup>

En el derecho comparado y en el derecho nacional existen muchos puntos de vista acerca de las limitaciones del poder de revisión de la Constitución, que como órgano constituido no puede alterar los principios básicos de la Constitución o sus decisiones políticas fundamentales. En Estado Unidos, William L. Marbury sostuvo que el poder de reformar la Constitución no incluye el de destruirla y que el término enmienda implica que las adiciones o cambios a la Constitución deben tener por propósito llevar a cabo los fines constitucionales aprobados por el Constituyente originario.<sup>7</sup> En Italia, Constantino Mortati defendió la idea de que el poder de revisión no puede alterar las líneas fundamentales del sistema constitucional.<sup>8</sup> En Colombia, Ramírez Cleves, ha afirmado que el poder revisor o reformador de la Constitución es un poder limitado, ya sea de manera expresa o implícita, por garantías democráticas como los derechos fundamentales que desarrollan, dan base y sentido a la organización constitucional y estructuran el Estado democrático de derecho, pues sostener lo contrario sería deslegitimar el propósito mismo del poder constituyente originario y de la Constitución.<sup>9</sup>

Por lo que ve a la doctrina mexicana, José María del Castillo Velasco, diputado constituyente en 1857, indicó que las adiciones y reformas a la Constitución de 1857 no podían nunca limitar o destruir los derechos del hombre ni los derechos de la sociedad, ni la soberanía del pueblo ni

<sup>6</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, pp. 119 y 120.

<sup>7</sup> Marbury, William L., “The Limitation Upon the Amending Power”, *Harvard Law Review*, núm. 33, 1919-1920.

<sup>8</sup> Mortati, Constantino, *La Constitución en sentido material*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

<sup>9</sup> Ramírez Cleves, Gonzalo, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2003, pp. 129 y 130.

las consecuencias de ella.<sup>10</sup> Emilio Rabasa, en su clásica obra, *La Constitución y la dictadura*,<sup>11</sup> señaló que el poder reformador no podía destruir la Constitución. Mario de la Cueva en su *Teoría de la Constitución*, precisó que el llamado Constituyente Permanente, es un poder limitado y constituido, un poder que presupone la existencia de la Constitución y del poder constituyente, por lo que el control de la constitucionalidad de sus actos tiene que referirse a la Constitución y al poder constituyente, además de que principios como la igualdad, la libertad, la dignidad, la justicia o la forma federal del Estado son limitaciones al poder constituyente permanente.<sup>12</sup>

Fix-Zamudio y Salvador Valencia recuerdan en el derecho comparado la gran cantidad de Constituciones que establecen cláusulas pétreas o intangibles en sus textos. Además mencionan cómo el artículo 171 de la Constitución mexicana de 1824 contempló límites sustanciales expresos al poder revisor, indicándose que jamás se podrían reformar los artículos “que establecen la libertad de independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta y división de los poderes supremos de los estados”, y cómo Mariano Otero consideraba que existían principios primordiales y anteriores a la Constitución como la independencia, la forma de gobierno y la división de poderes sobre los que no cabía reforma constitucional alguna y que debían ser declarados permanentes.<sup>13</sup>

Jorge Carpizo en su clásica obra *La Constitución mexicana de 1917*, considera que las decisiones fundamentales no son universales sino que están determinadas por la historia y la realidad socio-política de cada comunidad, son principios que se han logrado a través de luchas y como parte de la historia del hombre y de su anhelo de libertad. Entre las decisiones fundamentales implícitas en la Constitución de 1917, según Carpizo, estarían la soberanía, los derechos humanos, el sistema representativo, la separación Iglesias-Estado, la división de poderes, el federalismo, la autonomía municipal y el juicio de amparo, entre otras. Tales decisiones

<sup>10</sup> Castillo Velasco, José María del, *Apuntamientos de derecho constitucional mexicano*, México, Imprenta del Gobierno, 1871, pp. 350 y ss.

<sup>11</sup> Rabasa, Emilio, *La organización política de México. La Constitución y la dictadura*, México, 1912.

<sup>12</sup> Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 126-174.

<sup>13</sup> Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, pp. 106-108.

fundamentales por su importancia y jerarquía solo al pueblo corresponde reformar y no al poder revisor de la Constitución.<sup>14</sup>

El maestro Ignacio Burgoa en su obra *Derecho constitucional mexicano* hace una importante aportación en nuestro tema. Clasifica a las decisiones políticas fundamentales en políticas, sociales, económicas, religiosas y estrictamente jurídicas. Con referencia a la Constitución de 1917 propone las siguientes decisiones políticas fundamentales: *a)* políticas, que comprenden las declaraciones respecto de soberanía popular, forma federal de Estado, forma de gobierno republicana y democrática; *b)* jurídicas, que consisten en la limitación del poder público a favor de los gobernados por medio de las garantías constitucionales respectivas, institución del juicio de amparo como medio adjetivo para preservar la Constitución contra actos de autoridad que la violen en detrimento de los gobernados, y en general, sumisión para la actividad de los órganos del Estado a la Constitución y a la ley; *c)* sociales, que estriban en la consagración de los derechos sociales; *d)* económicas, que se traducen en la propiedad de la nación sobre recursos naturales específicos como los hidrocarburos, la gestión estatal en ciertas actividades de interés público como la que tiene Pemex sobre las distintas fases de la explotación del petróleo e hidrocarburos y, la rectoría económica del Estado; *e)* culturales que se refieren a la educación, las características de la misma —laica, gratuita y obligatoria—, y *f)* religiosas como la separación de las Iglesias y el Estado. Para Burgoa, las decisiones políticas fundamentales no pueden ser eliminadas o reducidas por el poder revisor de la Constitución, dado que esa competencia solo le corresponde a una Asamblea Constituyente.<sup>15</sup>

Autores más recientes, como Carbonell, han aceptado la teoría de los límites implícitos para el poder revisor en la Constitución de 1917. Así propone que toda Constitución incluida la mexicana esté comprometida con valores mínimos, pues sustituir esos principios y valores equivale a poco menos que un golpe de Estado, aunque se haga a través de los mecanismos constitucionales. Cita a Ignacio de Otto que sobre el tema sostenía: “No sería conforme a la Constitución suprimir la democracia misma, ni siquiera utilizando para ello procedimientos democráticos... *Si el pueblo tiene un poder al que renuncia no puede tener su fundamento en el poder del pueblo, porque esto significa que no ha habido tal renuncia...*”<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, México, UNAM, 1969, p. 158.

<sup>15</sup> Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1979, pp. 323-326.

<sup>16</sup> Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, 1998, pp. 264-266.



En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma que reproduce el vigente artículo 29 constitucional, su artículo 27.2 de manera textual indica:

La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principios de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La norma interamericana citada constituye un límite material para las reformas constitucionales de todas las Constituciones de América, en donde los Estados miembros hayan ratificado la Convención. Es decir, ninguno de los Estados que hayan ratificado ese tratado, podrían a través de reformas a la Constitución, alterar, menoscabar o reducir esos derechos fundamentales, pues ni aún en estado de sitio o suspensión de garantías se pueden afectar.

A la luz de algunas experiencias históricas como la de la Alemania nazi, el México de la época de Victoriano Huerta, o el México de hoy, en donde se restringe, menoscaba o limita la soberanía energética de México, conviene preguntarse, si un sistema constitucional puede destruirse desde su propia constitucionalidad y legalidad (golpe de Estado constitucional). La respuesta empírica es que así ha sido, sobre todo si se admite que no existen límites materiales implícitos de carácter constitucional al poder de revisión de la Constitución. De esta suerte, hasta la destrucción de la totalidad de la Constitucional material existente podría presentarse como fenómeno deducible del ejercicio más estricto de la constitucionalidad y la legalidad vigente.

El fraude a la Constitución pone de manifiesto el enfrentamiento y la confrontación, en determinadas circunstancias como la que hoy vive México, entre la operación de la reforma constitucional, en cuanto actividad amparada por el sistema de constitucionalidad y legalidad, y el orden de valores y principios —entre ellos los referentes a los recursos naturales propiedad de la nación y la soberanía energética de México— en los que descansa el sistema de legitimidad. Por eso y para evitar un fraude constitucional es necesario que el poder de revisión de la Constitución sea limitado por el sistema de valores y principios constitucionales que el propio

ordenamiento jurídico tiene la misión de proteger. No reconocer ningún tipo de fronteras a la acción de reforma equivale a consagrar y dar por bueno el fraude constitucional. Por el contrario, reconocer la existencia de límites implícitos materiales en la Constitución, supone impedir que la legalidad y constitucionalidad del Estado se emplee como instrumento contra la Constitución y el poder constituyente originario, es decir, contra la soberanía nacional.<sup>17</sup>

Se puede maliciosamente sostener que la falta de precisión sobre los principios implícitos en la Constitución mexicana a lo que conduce es a que arbitrariamente se amplíe o se reduzca el número de decisiones políticas fundamentales. A lo que debe contestarse que la ampliación o reducción de límites materiales implícitos en la Constitución depende, como ha señalado Carpizo, de lo que la sociedad mexicana considera como fundamental y básico en su Constitución y, es un hecho evidente y comprobable de la historia nacional, la lucha del pueblo mexicano por el dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación sobre sus recursos naturales, así como por la soberanía energética y la exclusividad económica del Estado sobre el sector de los hidrocarburos y el petróleo. Por lo que no hay duda que los principios constitucionales en materia energética previstos en los artículos 25, 27 y 28 de nuestra ley fundamental constituyen límites implícitos materiales al poder de revisión previsto en el artículo 135 de la Constitución.

Como dice Pedro de Vega, en los países de vida democrática débil y con escaso sentimiento constitucional, el orden fundamental está continuamente amenazado, y por ello no tiene por qué causar extrañeza que la institución de la reforma constitucional se contemple con recelo. Esa circunstancia no significa que se paralice la historia y que la Constitución se petrifique, entraña que la alteración, limitación o reducción de las decisiones políticas fundamentales, prohíba a que la soberanía regrese a su titular, para que ésta, por medio de una Asamblea Constituyente determine el mantenimiento o su sustitución de los límites expresos o implícitos de una carta magna.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 294 y 295.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 296.

2. *Se sustituirán los poderes fácticos nacionales por poderes fácticos transnacionales si se aprueba la reforma constitucional que permite los contratos o las concesiones*

Hoy en día en México, los poderes fácticos nacionales —medios de comunicación electrónica, grandes empresarios nacionales, organismos empresariales, el crimen organizado, partidos políticos, sindicatos, iglesias— han colonizado y se han apropiado del Estado mexicano al grado que sus instituciones formales son cajas de resonancia de los intereses de esos poderes reales. En ese proceso de colonización de las instituciones, entidades financieras internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la OCDE, también juegan un papel fundamental influyendo en el diseño de las políticas públicas nacionales y en la conformación de la agenda nacional. Igualmente el gobierno de los Estados Unidos influye y determina la política económica y de seguridad de nuestro país.

Las instituciones formales nacionales previstas en la Constitución y en las leyes son un reflejo de decisiones y de intereses que se adoptan en ámbitos diferentes a los del Estado, en donde además, esos intereses y decisiones no pasan la prueba de los procedimientos democráticos de control ni los del Estado constitucional. Los ciudadanos están al margen de esas decisiones e influencias y no las pueden controlar directamente y de raíz. La democracia y todo el andamiaje constitucional se encuentran a enemigos que no es fácil combatir porque operan al margen de las instituciones aunque las usan para su provecho.

El ingreso al negocio del petróleo, del gas y de la electricidad de grandes empresas petroleras como Exxon Mobile, Chevron, la Royal Dutch Shell o British Petroleum, implicará la incorporación de nuevos y más poderosos poderes fácticos que condicionarán la vida nacional y a sus instituciones formales. Por ejemplo, en las zonas de yacimientos que controlen esas empresas, no es impensable sostener que querrán contar con una clase política adicta. Influirán en la designación de alcaldes, legisladores locales, de gobernadores, de diputados y de senadores y hasta del mismo presidente de la República. Buscarán que sus intereses económicos estén debidamente protegidos frente a comunidades indígenas, trabajadores, ciudadanos, el medio ambiente o las instituciones formales nacionales, para maximizar su riqueza.

Por otra parte, el petróleo y el gas de México, se utilizarán como un mecanismo para influir en la determinación de los precios internacionales de esos insumos. Si les conviene que el precio del petróleo sea alto en

el mercado internacional decidirán limitar la producción en nuestro país para que éste suba, si les interesa que el precio sea bajo incrementarán la producción nacional. Los mexicanos perderemos totalmente el control sobre lo que se llama la plataforma de producción y exportación.

Lo que aquí se expone no es una especulación, el modelo neoliberal y la globalización, han logrado someter a las sociedades, a los ordenamientos jurídicos y a los Estados a los intereses del mercado y del gran capital. Mercantilizar todo, tiene como resultado, la destrucción de los cimientos de nociones como interés general o interés común. La dictadura de los mercados, la circulación de los capitales en provecho de los intereses del capitalismo especulativo, parecen decirnos que el mercado dicta todo, gobierna todo, engloba todo.

Detrás de la globalización se afirma el poder creciente de las empresas financieras en detrimento de los Estados, donde la articulación entre poder financiero mundial y poder político nacional es muy fuerte. La globalización y el neoliberalismo son ideologías que tienen dogmas. El primero es el de la gobernanza de empresa basada en el predominio de los beneficios únicamente para los accionistas a costa de los trabajadores, los clientes de las empresas y el medio ambiente, con una exigencia de rentabilidad de los fondos propios. El segundo dogma cuestiona a las conquistas sociales porque se piensa que constituyen rigideces del mercado del trabajo y además no les preocupa el estancamiento o el debilitamiento del poder adquisitivo de los trabajadores o la explotación de ellos. El tercer dogma impulsa la privatización y el desmantelamiento de las empresas y de los servicios públicos en beneficio de los intereses empresariales mundiales. Los instrumentos del neoliberalismo y la globalización son el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, la OCDE, y los gobiernos de las principales potencias, comenzando con el de los Estados Unidos.<sup>19</sup>

Las soluciones al neoliberalismo y a la globalización pasan por medidas que los gobiernos neoliberales de nuestro país no han querido instrumentar, entre éstas podemos mencionar: 1) preservar al Estado-nación y la orientación social que lo debe distinguir; 2) democratizar y transparentar a las instituciones internacionales que son los instrumentos de los poderes fácticos transnacionales; 3) sustituir el actual sistema financiero internacional para transparentarlo, democratizarlo y obligarlo a orientarse por lógicas de carácter social; 4) extraer del mercado ámbitos como el de la salud, la educación, la cultura, la protección del medio ambiente, y los

<sup>19</sup> Nair, Sami, "Mundialización, interés general y civilización", *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 124, julio-agosto de 2002, pp. 12-18.

recursos naturales de las naciones; 5) mundializar el constitucionalismo para que las relaciones económicas y financieras no queden al margen de los controles democráticos de los ciudadanos, y 6) promover un contrato social global para la disminución de las desigualdades económicas y sociales en el mundo.<sup>20</sup>

Los gobiernos mexicanos no han impulsado esas soluciones y medidas para contener los efectos negativos de la globalización y del neoliberalismo. Por el contrario, han facilitado que los dogmas neoliberales se consoliden a costa de los derechos de los mexicanos y de los intereses generales de la nación. La propuesta de reforma constitucional energética es un ejemplo del compromiso del gobierno mexicano con los poderes fácticos transnacionales, los que seguramente sustituirán a los nacionales en su indebido poder e influencia pero con consecuencias más graves y profundas y en detrimento de los intereses de nuestro país.

### 3. *Las consecuencias jurídicas del régimen de concesiones, contratos y permisos*

Las consecuencias de adopción de un régimen de contratos, de concesiones o de permisos implica la pérdida de centralidad de Pemex y de CFE en la industria energética del país. Pemex y CFE respecto a las empresas petroleras y eléctricas no serán autoridad, actuarán como operadores en plano de igualdad jurídica con el resto de las empresas bajo condiciones de libre mercado y no necesariamente bajo el esquema constitucional de área prioritaria en donde el Estado conserva la rectoría económica —en todo caso y para rebatir esta afirmación es necesario contar con las leyes secundarias de la reforma constitucional para conocer cuál será la posición jurídica de Pemex y CFE frente a las empresas petroleras y eléctricas—. Es decir, existirá bilateralidad o igualdad de trato entre Pemex, CFE y el resto de las empresas petroleras y eléctricas. Se perderá la nota del *imperium* que debe poseer un Estado soberano respecto a sus recursos naturales.

En las concesiones, tal como advertía la exposición de motivos de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia de petróleo de 1940, se conceden derechos de explotación directa del subsuelo, y el Estado conserva algunas competencias reguladoras, de policía y sancionatorias. Es decir, la figura de la concesión compromete la propiedad de la nación sobre el subsuelo, porque se confieren derechos a los particula-

<sup>20</sup> Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2003, pp. 313-324.

res para explotarlo y para que las riquezas extraídas y obtenidas pasen al dominio privado a cambio del pago de regalías o de alguna contribución fiscal.<sup>21</sup> La autoridad se reserva unas cuantas competencias —de regulación, de policía y de sanción— pero los recursos naturales o parte de ellos pasan a ser propiedad privada. El esquema de concesión vulnera o al menos limita el principio constitucional de que las riquezas del subsuelo son de la nación.

En cuanto a los contratos de utilidad compartida que propuso el titular del Ejecutivo, en éstos se repartirán las utilidades, los beneficios, en efectivo o en especie, lo que también supone una vulneración del principio constitucional de que los hidrocarburos son propiedad de la nación.<sup>22</sup> Estaremos compartiendo la renta petrolera con empresas petroleras extranjeras. Lo anterior es más evidente, si como señalan los medios de comunicación, dichas empresas asentaran en su contabilidad y como activos fijos, las reservas petroleras de la nación para ser garantía de los créditos de las empresas transnacionales ante la banca internacional y para especular en las bolsas de valores del mundo con los recursos del subsuelo de México.

La exposición de motivos de la iniciativa de Enrique Peña Nieto escasamente señala respecto a los contratos lo siguiente:

... se pretende que la ley reglamentaria determine la forma en que el Estado pueda aprovechar la participación de los sectores social y privado, de modo análogo a las reformas cardenistas, a través de contratos para la explotación y extracción de hidrocarburos en los que puedan pactarse mecanismos de pago en función de los recursos que se obtengan, mediante compensaciones en efectivo o equivalentes a un porcentaje de los mismos, entre otros, tal como se previó en las reformas cardenistas y atendiendo a las mejores prácticas en esta materia.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> En el derecho administrativo mexicano se define a la concesión como “el acto administrativo a través del cual la administración pública, concedente, otorga a los particulares, concesionarios, el derecho para explotar un bien propiedad del Estado o para explotar un servicio público”. Nava Negrete, Alfonso y Quiroz Acosta, Enrique, “Concesión administrativa”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2008, pp. 359-362.

<sup>22</sup> Sobre los contratos administrativos véase Ramírez G., Juan Carlos, *El contrato administrativo. Monografías jurídicas*, Bogotá, Temis, 1990; Ferrando, Ismael, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2006; Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, México, Porrúa, 2009.

<sup>23</sup> Exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional de los artículos 27 y 28 constitucionales del titular del ejecutivo de 12 de agosto de 2013, p. 12.

Lo anterior quiere decir: 1) que la legislación secundaria desarrollará las características de los contratos; 2) se dice que se hará a modo análogo a las reformas cardenistas, pero éstas no permitieron contratos con extranjeros ni con sociedades mercantiles con acciones al portador; 3) se evade el tema de la inversión extranjera, y 4) se reconoce que el pago se hará en función de los recursos que se obtengan, en efectivo o en equivalente, lo que implica el regreso de modalidades de contratación semejantes a los contratos riesgo que en el pasado tanto daño hicieron a nuestro país.<sup>24</sup>

Los permisos también implican la destrucción del carácter estratégico de la industria petrolera y eléctrica nacional.<sup>25</sup> Éstos entrañan la entrega de actividades estratégicas y exclusivas del Estado a manos privadas, principalmente extranjeras. Los permisos que se proponen en las iniciativas equivalen en los hechos a concesiones porque confieren derechos exclusivos de explotación a empresas privadas nacionales y extranjeras.

Como ha señalado Javier Jiménez Espriú, la liberalización o la privatización del sector energético del país, es consecuencia del llamado Consenso de Washington para satisfacer las necesidades económicas de los países industrializados, principalmente de los Estados Unidos. México ha venido permitiendo de manera inconstitucional contratos de servicios múltiples o contratos incentivados, en los que en ocasiones se paga al contratista en función del éxito de la explotación. El contrato es inconstitucional si la contraprestación se vincula a la cantidad de petróleo que se extraiga o al valor comercial de éste y, en este sentido, cualquier contrato que implique un pago por barril extraído y que aumente la contraprestación del contratista en función de la cantidad de petróleo que se extraiga resulta anticonstitucional. Además, los países que han fortalecido y consolidado el sistema de contratación petrolera con las grandes empresas petroleras del mundo, tal vez con la excepción de Noruega, no han salido bien librados. Noruega tuvo éxito porque a la par que abría parcialmente el sistema de contratación fortaleció tecnológica y financieramente a su industria petrolera.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Bassols Batalla, Narciso, *Las etapas de la nacionalización petrolera*, México, Porrúa, 2006, pp. 107 y ss.

<sup>25</sup> De acuerdo a la doctrina administrativa mexicana se dice que un permiso es un acto administrativo, por el cual se levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular. Hernández Espindola, Olga, “Permiso administrativo”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008, t. V, pp. 532-535.

<sup>26</sup> Jiménez Espriú, Javier, “La explotación petrolera y el capital privado”, inédito, 2013.

Finalmente y como dice Miriam Grunstein, los contratos petroleros con las grandes empresas del mundo, no son actos socialmente *inter alia*, es decir que afectan únicamente entre las partes firmantes. Por la magnitud de los intereses en juego, las decisiones petroleras son decisiones de Estado —no de gobierno— que si no se basan en un acuerdo social firme pueden ser efímeras.<sup>27</sup> De lo que se sigue que la reforma energética para constitucionalizar los contratos requiere de un gran consenso social que hoy por hoy no se tiene.

#### 4. *Se olvida la protección que brinda el derecho internacional a las inversiones extranjeras*

En el Tratado de Libre Comercio se pactó la apertura de la petroquímica y la electricidad de manera peculiar: el gobierno reservó, en el capítulo VI del Tratado de Libre Comercio, el petróleo y el gas,<sup>28</sup> pero abrió el esquema de compras gubernamentales en el capítulo X y, dio pie con ello, a la ampliación de la contratación de servicios con empresas extranjeras. Es además importante decir, que acorde a la normatividad derivada del capítulo XV del Tratado, “Libre Competencia, Monopolios y Empresas de Estado”, si un Estado renuncia, privatiza o transfiere a los particulares un área económica sujeta a su control, ésta ya no podrá ser reasumida libremente, sino que tiene que abrir una ronda de negociaciones con las contrapartes. En caso de controversias, éstas serían ventiladas ante los paneles internacionales, y no ante los tribunales del Poder Judicial de la Federación.

La aprobación de la reforma energética entraña que el Estado mexicano renuncia a la reserva que hizo para sí mismo en el capítulo VI “Energía y petroquímica básica” del Tratado de Libre Comercio, en donde apartó el petróleo, hidrocarburos y petroquímica básica, en sus diferentes fases de explotación, de la zona de libre comercio de Norteamérica. Lo

<sup>27</sup> Grunstein, Miriam, *De la caverna al mercado. Una vuelta al mundo de las negociaciones petroleras*, México, Centro de Investigación para el Desarrollo, 2010, p. 233. Véase, también, IMCO (Instituto Mexicano para la Competitividad), *Nos cambiaron el mapa: México ante la revolución energética del siglo XXI*, México, 2013.

<sup>28</sup> México definió cinco negativas precisas: No a los contratos riesgo en explotación y explotación; no a la inversión extranjera en petroquímica básica; no a la garantía de suministro o seguridad de abasto; no a las ventas al menudeo (gasolineras), y no a la liberalización del comercio exterior de petróleo crudo, gas natural y petrolíferos. Cordero, María Elena, *Qué ganamos y qué perdimos con el TLC*, México, Siglo XXI y UNAM, 2003, p. 216.



expuesto quiere decir que la modificación de la Constitución equivale a una reforma subrepticia del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, y nos coloca en los supuestos de los capítulos X, XI y XV del mismo, en donde, como ya se dijo, se estipula que si un Estado renuncia, privatiza o transfiere a particulares un área sujeta al control estatal, ésta ya no puede ser asumida libremente por el Estado. Todo lo anterior a pesar de lo estipulado en el GATT, en donde se reconoce que México es un país en desarrollo, lo que supone el derecho a recibir en todo momento un trato diferenciado y favorable, tanto en las negociaciones sobre concesiones arancelarias, en las que no se le puede exigir reciprocidad absoluta, como respecto a las salvaguardias. En el protocolo de adhesión al GATT, México excluyó el petróleo y en general los hidrocarburos regulados en el artículo 27 constitucional de las obligaciones inherentes a ese convenio internacional. A juicio de algunos autores, el GATT tiene una jerarquía superior a la de cualquier tratado de libre comercio firmado y ratificado nuestro país, por ser un tratado multilateral y marco, lo que significaría, que los hidrocarburos de México están jurídicamente excluidos del comercio internacional y de cualquier convención internacional regional que restringiera los derechos de la nación sobre ellos.<sup>29</sup>

Los capítulos X, XI y XV (sobre compras gubernamentales, inversiones y política en materia de competencia, monopolios y empresas de Estado) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en contra de la Constitución y del GATT, como ya se dijo, hacen nugatoria la reserva que sobre petróleo e hidrocarburos hace el capítulo VI del Tratado de Libre Comercio, porque los capítulos X y XI abren las comparas gubernamentales y las inversiones en Pemex y en el sector energético a los países parte del tratado y, en cuanto al capítulo XV, cualquier reforma o medida administrativa que privatice o liberalice estos recursos, impide al Estado volver a asumirla libremente. Los demás Tratados de Libre Comercio ratificados por México repiten en lo sustancial el esquema del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, lo que implica la liberalización y privatización de los recursos petroleros. Además de lo anterior, las negociaciones de la Ronda de Uruguay, que concluyeron formalmente con la reunión ministerial de Marrakesh, el 15 de abril de 1994, que creó la Organización Mundial del Comercio, promueven la liberalización progresiva del comercio, en forma gradual, mediante la reducción de obstáculos al comercio, incluyendo al petróleo y los hidrocarburos.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Witker, Jorge y Hernández, Laura, *Régimen jurídico del comercio exterior de México*, México, UNAM, 2008, pp. 47 y ss.

<sup>30</sup> *Idem*; Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Eva-*

Además, en el derecho internacional las transnacionales tienen protegidas sus inversiones, vía los APRIS y el Convenio relativo a la Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión (MIGA), a cargo del Banco Mundial, que blindará jurídicamente a los empresarios extranjeros contra cualquier medida que afecte sus intereses, incluyendo la expropiación.<sup>31</sup> Por eso, argumentar en esas controversias que nuestra Constitución debe prevalecer sobre los tratados, aunque es correcta, no parece muy realista.<sup>32</sup>

Todo lo anterior quiere decir que las inversiones extranjeras no podrán ser afectadas ni siquiera aduciendo causas de interés general, excepto en supuestos limitativos y bajo los procedimientos previstos en el Tratado de Libre Comercio. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte define en su artículo 1139 a la inversión extranjera como aquella en la que existe propiedad de un inversionista en territorio de una de las partes del tratado o cuando la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa. La modificación de la Cons-

*luación jurídica: diez años después*, México, UNAM, 2005; López Velarde Estrada, Rogelio, “Energía y petroquímica básica”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993, t. I, pp. 203-259; Jiménez Vázquez, Raúl, “Consideraciones en torno al capítulo de compras gubernamentales del TLCAN y su eventual impacto en el derecho mexicano”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, cit., t. I, pp. 261-281.

<sup>31</sup> La Multilateral Investment Guarantee Agency, se establece con base en la Convención que Establece la Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión. Es una aseguradora de inversiones privadas a nivel mundial. Tiene su sede en Washington. Su membresía está abierta a todos los países miembros del Banco Mundial. Tiene la función de dar confianza y confort a la IED que invierte en países en vías de desarrollo, dirigiéndose de manera especial a proyectos de desarrollo que sean económica, ecológica y socialmente sustentables. MIGA provee seguro a la inversión para efectos de transferencias de fondos, expropiación y medidas similares, incumplimiento de contrato, guerra y disturbios civiles. Está facultada para que mediante resolución especial del Consejo, se cubran otros riesgos no comerciales, pero en ningún caso el de devaluación y depreciación de la moneda. Es relevante mencionar que MIGA al hacer el pago de la prima correspondiente o convenir en su forma de pago, se subroga en los derechos del asegurado, adquiriendo todos sus derechos y acciones en contra del país anfitrión y cualesquier otros obligados. Este es un derecho que le reconocen todos los países miembros. Gómez-Palacio, Ignacio, *Derecho de los negocios internacionales. Arbitraje internacional, TLCAN, América Latina, CIADI*, México, Porrúa, 2006, pp. 111 y 112.

<sup>32</sup> Desde el amparo en revisión 1475/98, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la Constitución está por encima de los tratados. Sin embargo, la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 señala en el párrafo segundo del artículo primero constitucional que la interpretación de los derechos debe realizarse “pro homine”.

titución en los artículos 27 y 28 de la carta magna para permitir los contratos de explotación sobre los hidrocarburos entraña la plena armonía entre la Constitución y el Tratado de Libre Comercio con América del Norte y, por tanto, las inversiones extranjeras de las industrias petroleras transnacionales estarán plenamente protegidas frente a cualquier medida administrativa o legislativa nacional que pretenda revertir lo alcanzado o afectar la posición jurídica y económica de las transnacionales del petróleo o de la electricidad.

*5. Las controversias jurídicas serán decididas en el extranjero y será aplicado el derecho foráneo*

Los criterios de solución de controversias no se basarán en los principios de área estratégica, exclusividad del sector público en la explotación del petróleo, inalienabilidad e imprescriptibilidad de los recursos del subsuelo, propiedad originaria de la nación sobre los recursos, sino por los criterios individualistas del derecho mercantil, civil y corporativo. El vigente párrafo segundo del artículo 72 de la Ley de Petróleos Mexicanos ya indica que las controversias en materia de hidrocarburos pueden decidirse ante instancias arbitrales o internacionales y no ante los tribunales nacionales.

Con la reforma constitucional en materia energética que modifica el párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución para que el Estado pierda la exclusividad en la explotación de hidrocarburos y de electricidad, las controversias sobre los contratos de utilidades compartidas se regirán por el derecho privado foráneo y no por el derecho público mexicano. Pemex y la CFE estarán en plano de igualdad jurídica con las empresas transnacionales del sector energético y el Estado perderá cualquier poder de imperio en caso de suscitarse conflictos jurídicos. Tal como indica la propaganda gubernamental, la transformación de Pemex y de la CFE en empresas, hacen que pierdan en buena medida sus atributos de carácter público.

Además, el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte sobre inversiones define un régimen de solución de controversias basado en el sistema internacional de arbitraje. Es verdad que hipotéticamente se podría pactar en los contratos de utilidad compartida que las controversias se ventilen ante las instancias nacionales pero la fuerza y costumbre de las grandes empresas petroleras y eléctricas hacen suponer que no aceptarán soluciones de corte nacionalista para resolver las controversias jurídicas sobre la interpretación de esos contratos.

6. *La contratación será realizada entre el titular del Ejecutivo, las empresas petroleras transnacionales y Pemex*

La exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional a los artículos 27 y 28 constitucionales que propuso Peña Nieto indica que la contratación en materia de hidrocarburos ya no será realizada por Pemex sino por el Ejecutivo Federal —no se aclara si por el titular del Ejecutivo, la Secretaría de Energía o la Comisión Nacional de Hidrocarburos—. De concretarse esa pretensión, el cambio constitucional limitará aún más a Pemex dentro del nuevo modelo. En la actualidad toda la cadena productiva relacionada con los hidrocarburos corresponde constitucionalmente a Pemex, en los términos de los artículos 28 y 25 de la carta magna y, es este organismo público, el que decide si se contrata, a quién y bajo qué condiciones.

Con la reforma, el Ejecutivo celebrará los contratos y los permisos con las transnacionales. Como dice Claudia Sheinbaum, el Ejecutivo decidirá a quién le da el contrato para explorar y explotar: si a Exxon, Shell, a Slim o a Pemex, y definirá también las condiciones de dicho contrato: si lo pagan en petróleo o en su equivalente en efectivo y con qué porcentaje.<sup>33</sup> El titular del Ejecutivo incrementa su poder de manera inmensa. Parece que la reforma está diseñada a petición de las grandes petroleras, a quienes no les interesa ser contratados por medio de Pemex, sino directamente por el gobierno federal para llevarse una parte de la renta petrolera, compartir el mercado de los petrolíferos con Pemex y probablemente para exportar el petróleo.

7. *La tergiversación del legado de Lázaro Cárdenas*

Los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución en materia de petróleo e hidrocarburos contenían fundamentalmente cuatro principios: 1) el que señala la propiedad originaria de la nación sobre las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, la que tiene el derecho de transmitir su dominio a los particulares para que éstos constituyan la propiedad privada; 2) el del dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación sobre todos los recursos naturales del subsuelo, incluyendo

<sup>33</sup> Sheinbaum Pardo, Claudia, “... Y EPN dice... el petróleo soy yo”, *La Jornada*, 17 de agosto de 2013, p. 6.

los hidrocarburos; 3) el de la explotación directa de los hidrocarburos por parte de la nación, en consecuencia la prohibición expresa de otorgar a particulares concesiones o contratos en la materia, según lo disponga la ley reglamentaria,<sup>34</sup> y 4) el que expresa que los hidrocarburos y la petroquímica básica constituyen un área estratégica de la economía nacional y que el sector público las tendrá a su cargo de manera exclusiva (reformas a los artículos 25 y 28 constitucionales).

Los dos primeros principios provienen de los párrafos primero, cuarto y sexto del artículo 27 del Constituyente de Querétaro. El tercero fundamentalmente fue consecuencia de la expropiación petrolera decretada por Lázaro Cárdenas, quien en el Informe Presidencial rendido a la nación el primero de septiembre de 1938, expresó:

Y para evitar en lo posible que México se pueda ver en el futuro con problemas provocados por intereses particulares extraños a las necesidades interiores del país, se pondrá a la consideración de vuestra soberanía que no vuelvan a darse concesiones del subsuelo en lo que se refiere al petróleo *y que sea el Estado el que tenga el control absoluto de la explotación petrolífera.*

El objetivo de la propuesta contenida en ese Informe Presidencial era la nacionalización integral del petróleo y de los hidrocarburos.

Para cumplir el ofrecimiento hecho en el Informe Presidencial de 1938, el presidente Cárdenas envió el 22 de diciembre de 1938 al Congreso de la Unión la iniciativa de adición al artículo 27 de la Constitución. La propuesta incorporaba una adición al párrafo sexto al artículo 27 constitucional, que quedó en los siguientes términos: “Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, no se expedirán concesiones y la ley reglamentaria respectiva determinará la forma en que la nación llevará a cabo las explotaciones de esos productos”. El Congreso de la Unión, en su periodo ordinario de sesiones de 1939 aprobó la iniciativa, la sometió a las legislaturas de los Estados para su ratificación y, por decreto del 27 de diciembre de 1939 determinó su aprobación definitiva. Dicha modificación constitucional se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de noviembre de 1940 junto con la Ley Reglamentaria del artículo 27 en materia de petróleo.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Véase la polémica entre Rogelio López Velarde Estrada y Raúl Jiménez Vázquez en torno a los principios constitucionales en materia de hidrocarburos en *La Reforma Energética: Aportaciones para el debate*, edición II, enero-febrero 2008, Órgano de Divulgación de la Fundación Colosio, 2008, pp. 227-263.

<sup>35</sup> La Ley reglamentaria abrogó la expedida el 26 de diciembre de 1925, la que

La exposición de motivos de la reforma del presidente Cárdenas al artículo 27 de la Constitución no deja lugar a duda. La finalidad era una nacionalización absoluta y no mutilada de los hidrocarburos, basada en el control de todas y cada una de las fases de la industria petrolera, pues como dice Narciso Bassols, aunque el Estado tuviera el control de la refinación, si los intereses privados son los que poseen y manejan los oleoductos y demás medios de transporte del petróleo, la gasolina y el gas natural, y si también son intereses privados los que manejan la red de estaciones de distribución y venta al menudeo, el Estado se hallaría en una condición subordinada frente a los capitalistas dueños de equipos de transporte, distribución y venta. Bassols advierte —en crítica a la ley reglamentaria del artículo 27 del 2 de mayo de 1941 expedida por Ávila Camacho— respecto a los particulares que explotaban el petróleo ajustándose a contratos, que si se “... sostiene que la Nación sigue siendo la que lleva a cabo las explotaciones, pero representada por contratistas, es tan risible como afirmar que en el régimen de las explotaciones por medio de concesión, era también la nación la que realizaba las explotaciones... pero representada por los concesionarios”.<sup>36</sup> En este sentido, para la reforma a la Constitución promovida por el general Cárdenas al artículo 27 de la ley fundamental, no debía haber explotaciones de particulares para sustraer del afán de lucro privado todas las fases de la industria petrolera, las que habían sido definidas ya por la ley reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo de 1925, que en su artículo tercero precisaba las actividades que integran esa industria: “el descubrimiento, la captación, la conducción por oleoducto y la refinación del petróleo”.<sup>37</sup>

Se ha insistido por parte de algunos miembros del PRI y del PAN, que el general Cárdenas no se opuso a que la iniciativa privada participara en la explotación de los hidrocarburos, lo que es cierto, dado que la exposición de motivos de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo, se mencionaba que “... la Constitución sólo ha prohibido la explotación mediante concesiones del petróleo pero no la posibilidad de la construcción de oleoductos, refinerías y sistemas de

había organizado un sistema de explotación petrolera basado en concesiones temporales otorgadas a los particulares, los que eran llamados a realizar las operaciones de exploración, captación, refinación, transporte, almacenamiento y distribución de los hidrocarburos.

<sup>36</sup> Bassols, Narciso, “Pasos de cangrejo en la cuestión Petrolera”, en *La Reforma Energética: Aportaciones para el debate*, 2a. ed., México, Forma, 2008, p. 291.

<sup>37</sup> López Portillo y Weber, José, *El Petróleo de México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, pp. 182-187.

distribución de gas...”. Sin embargo, en la iniciativa de reforma constitucional de 1940 al párrafo sexto del artículo 27 de la ley fundamental, el general Cárdenas mencionó:

... no se ve motivo para permitir que continúen formándose y vigorizándose intereses privados que es de presumirse que llegarán a ser, si no antagónicos, al menos distintos de los intereses generales cuya tutela procurará el gobierno con todo empeño y energía... Incorporando al Texto Constitucional el principio de la explotación directa del petróleo que a la nación corresponde...

Respecto a la ley reglamentaria del artículo 27 constitucional de 1940 deben hacerse las siguientes e importantes matizaciones: 1) los artículos séptimo, octavo y noveno de la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional de 1940 señalaban que el sector privado podía llevar a cabo por cuenta del gobierno federal, los trabajos de exploración y explotación, ya sea mediante compensaciones en efectivo o equivalentes a un porcentaje de los productos que se obtuvieran, sin que se adquiriera un derecho directo a la explotación del petróleo; 2) los contratistas debían ser personas físicas mexicanas o sociedades constituidas *íntegramente* por nacionales y en una forma en que fuera posible en todo instante la comprobación de esta circunstancia, además de que era preciso demostrar la capacidad técnica y financiera del contratista y la extensión máxima de terreno susceptible de ser contratada a una misma persona, y 3) no podían celebrarse los contratos con sociedades anónimas que emitieran acciones al portador. Lo anterior jurídicamente significa, que los contratos estaban reservados a los mexicanos —personas físicas— y a través de sociedades mercantiles mexicanas no muy grandes, en tanto que se prohibía que participaran empresas con acciones al portador y, además, los contratistas actuaban no por cuenta propia sino por cuenta del gobierno federal que era el que tenía el derecho directo a la explotación del petróleo.<sup>38</sup> La explicación política de la permisión de los contratos es evidente a la luz de las presiones de los Estados Unidos<sup>39</sup> y debido a las carencias técnicas y económicas de la

<sup>38</sup> El artículo 9o. de la Ley Reglamentaria del artículo 27 de la Constitución en el ramo del petróleo de 1940 señalaba textualmente: “Artículo 9. Los contratos de que hablan los artículos anteriores, solo podrán celebrarse con nacionales o con sociedades constituidas íntegramente por mexicanos. No podrán concertarse en ningún caso con sociedades anónimas que emitan acciones al portador”.

<sup>39</sup> Las empresas afectadas con la nacionalización exigieron a la Casa Blanca y al embajador estadounidense Josephus Daniels, que de inmediato se llevara a cabo una invasión armada en nuestro país. A juicio de algunos historiadores, también promo-

naciente industria petrolera nacionalizada.<sup>40</sup> Por otra parte, conviene decir que durante el gobierno de Cárdenas jamás se celebraron contratos con particulares nacionales para la explotación del petróleo.

Gobiernos posteriores al de Cárdenas, como el de Ávila Camacho, permitieron que particulares extranjeros mediante contratos participaran en la explotación de los hidrocarburos.<sup>41</sup> La Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional de 1941 promulgada en el gobierno de Ávila Camacho dio lugar a los “contratos de riesgo” —se firmaron cinco entre 1949 y 1951—, a través de los que se pactaba una remuneración a los contratistas consistente en: 1) el reembolso total de la inversión realizada por el contratista y sin plazo de vencimiento, 2) más el valor del 50% de los hidrocarburos producidos por los pozos perforados, 3) más una compensación entre el 15% y el 18.25% del valor de la producción por un periodo de 25 años. El objetivo era claro y consistía en que los particulares compartieran las reservas, los resultados de la producción y la renta petrolera. No fue sino hasta el gobierno de Gustavo Díaz Ordaz que se logró terminar con las consecuencias de dichos contratos.<sup>42</sup>

En los *Apuntes* del general Lázaro Cárdenas, éste da cuenta respecto al 18 de marzo de 1938 de lo siguiente: “... A las 22 horas di a conocer por radio a toda la nación el paso dado por el gobierno en defensa de la soberanía, reintegrando a su dominio la riqueza petrolera que el capital imperialista ha venido aprovechando para mantener al país dentro de una situación humillante”. El 19 de marzo de 1938 escribe: “... A las 22 horas de ayer, 18 de marzo, dirigí en Palacio Nacional un mensaje a la Nación, participándole el paso trascendental que da el gobierno de México, reivindicando la riqueza petrolera que explotaban empresas extranjeras. A mi gobierno toca encauzar el desarrollo de la industria petrolera

vieron la rebelión del entonces gobernador de San Luis Potosí, Saturnino Cedillo. Alemán, Miguel, *La verdad del petróleo en México*, México, Gijalbo, 1977, pp. 205-291.

<sup>40</sup> Bassols Batalla, Narciso, *Las etapas de la nacionalización petrolera*, México, Porrúa, 2006, pp. 81-105.

<sup>41</sup> Los artículos 6o. fracción III y 10 fracción III de esa ley, establecieron: “La nación llevará a cabo la explotación del petróleo mediante contratos con particulares o sociedades de economía mixta, en las que el gobierno federal representará la mayoría del capital social, y de las cuales podrán formar parte socios extranjeros”.

<sup>42</sup> Antonio J. Bermúdez explica e intenta justificar así los contratos de riesgo: “Dichos contratos cumplieron la función de canalizar, sujetándose a la ley mexicana, aquellas presiones e influencias tendientes a lograr un cambio en la legislación y en la política mexicana; y, a la postre, sirvieron para desvanecerlas”. Bermúdez, Antonio J., *Doce años al servicio de la industria petrolera mexicana*, citado por Alemán, Miguel, *op. cit.*, p. 696.



en manos de los mexicanos”. El 17 de agosto de 1938 escribe: “Resolvimos presentar ante las Cámaras proyecto de reformas a los artículos 27 y 28 de la Constitución General para nacionalizar las concesiones petroleras y constituir el monopolio de Estado de la industria petrolera...”.<sup>43</sup> Es decir, la intención y voluntad del general Cárdenas siempre fue la de constituir una industria petrolera nacional como monopolio de Estado, si no se logró del todo, ello se debió a las presiones de los Estados Unidos y al incipiente desarrollo de la industria petrolera nacional.<sup>44</sup>

El modelo nacionalista en la industria energética se comenzó a sustituir con otro, a partir de la crisis del modelo de sustitución de importaciones y de desarrollo estabilizador en los años ochenta, en donde, entre otros factores, el modelo neoliberal y posteriormente el globalizado, afectaron las características de la industria petrolera mexicana. Sin embargo, el nuevo modelo industrial del petróleo en México, de finales del siglo XX y principios del XXI no tiene asideros en la Constitución. En los años ochenta, aunque principalmente en los noventa y, ahora, al margen del ordenamiento jurídico, se comenzó a ceder a las presiones de los inversionistas nacionales pero fundamentalmente extranjeros para intervenir en la industria petrolera y del gas. Posteriormente, a partir de la reforma legal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de noviembre de 2008, se ha regularizado la injerencia extranjera en la industria petrolera, aunque esa “normalización” sea totalmente al margen de la Constitución.

Jurídicamente, las diferentes reformas constitucionales en la materia, las de 1940 al párrafo sexto del artículo 27 constitucional para prohibir las concesiones, las de 1960 a ese mismo precepto para prohibir los contratos riesgo, pero sobre todo, las últimas de 1983, a los artículos 25 y 28 de la ley fundamental, confirman la voluntad del poder revisor de la Constitución de profundizar en el sentido nacionalista de la industria petrolera. Así, en el dictamen de la iniciativa de la reforma constitucional del 3 de febrero de 1983 a los artículos 25 y 28, se señala:

Con base en los principios nacionalistas de la Constitución, el Estado mexicano reivindicó la riqueza del subsuelo. A partir de la nacionalización del petróleo, desarrolló una amplia industria de hidrocarburos y de petroquímica básica. Simultáneamente, una diversidad de importantes recursos naturales quedaron bajo el dominio directo de la nación.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Cárdenas, Lázaro, *Apuntes: una selección*, México, UNAM, 2003, pp. 335-342.

<sup>44</sup> Alemán, Miguel, *La verdad del petróleo en México*, cit., pp. 205-291.

<sup>45</sup> Véase Ortega Lomelín, Roberto et al., *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003, Derecho de la Energía*, México, UNAM, 2003, p. 145.

### 8. *El olvido del concepto del dominio eminente*

El significado de los derechos de propiedad de la nación sobre los hidrocarburos debe retrotraerse a la noción de dominio eminente. Este concepto es definido por Marienhoff como: "... un poder supremo sobre el territorio; vincúlase a él la noción de soberanía. Se ejerce potencialmente sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o administrados".<sup>46</sup> El derecho de la corona española sobre el oro, la plata, las piedras preciosas, minerales metálicos y no metálicos, los bitúmenes o jugos de la tierra y cualesquiera otros fósiles de las colonias de la América española se fundó en el principio de dominio eminente que data desde las Bulas del Papa Alejandro VI de 1493. Ese principio sobrevivió de la Independencia hasta el Código de Minería expedido el 22 de noviembre de 1884, durante la presidencia de Manuel González, que renunció al dominio eminente para determinar en su artículo primero que el propietario del suelo lo era también del subsuelo. No obstante, el dominio eminente fue reivindicado por el Constituyente de Querétaro en el artículo 27 constitucional, tal como Pastor Rouaix lo señaló.<sup>47</sup> El dominio eminente define el poder del Estado sobre su territorio e impide que cualquier otro poder externo o interno lo vulnere. En pocas palabras, el dominio eminente equivale a soberanía.

Del principio de dominio eminente se desprende el principio de propiedad originaria, que el primer párrafo del artículo 27 constitucional consagra. La propiedad originaria corresponde a la nación, la que tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares y de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación. Del dominio eminente se deriva, igualmente, el dominio directo de la nación, el que no sea sujeto de apropiación por parte de los particulares, sobre los recursos del subsuelo, entre otros, el petróleo y todos los carburos de hidrógeno, sólidos, líquidos o gaseosos, como postula el párrafo cuarto del artículo 27 de la Constitución. También se desprenden del dominio eminente, los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio nacional, a

<sup>46</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960, p. 37.

<sup>47</sup> Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, Puebla, Gobierno del Estado de Puebla, 1946, p. 26.

los que alude el párrafo sexto del artículo 27 constitucional. Todos esos principios tienen por propósito salvaguardar el territorio nacional, sus riquezas naturales y del subsuelo en beneficio de la sociedad, en donde la participación de los particulares, de estar permitida en algunos rubros, siempre debe ser limitada y restringida, y no puede orientarse por el lucro, ni la economía de mercado. El petróleo y los hidrocarburos como lo hemos repetido aquí, no constituyen *commodities*. El petróleo y los hidrocarburos, a la luz del texto constitucional y de la historia constitucional, no son para beneficio particular, para realizar negocios en beneficio de unos cuantos. No entenderlo así, implica negar el principio de supremacía constitucional.

Para comprender cómo las compañías petroleras internacionales ven este punto, me permito citar a Rogelio López Velarde que señala:

La principal moneda de pago de las empresas petroleras es su propio petróleo. No requieren de más; teniendo las reservas a la mano, y como están ahora los precios del crudo, muchas empresas contratistas en el mundo aceptan asumir la obligación de llevar a cabo la inversión del proyecto y de tomar el riesgo del proyecto. A eso se dedican de hecho. Estas empresas dueñas de la tecnología, empero, normalmente no aceptan asumir dichas obligaciones si no se les permite contractualmente compartir parte del éxito del proyecto. *Esos son los llamados contratos riesgo...* muchas empresas aceptan participar en estos proyectos en la medida en que su contraprestación económica sea proporcional al petróleo producido o explorado, sin que se les otorgue derecho de propiedad alguno.<sup>48</sup>

### 9. *El olvido de los derechos fundamentales*

Los pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el de Derechos Civiles y Políticos establecen en sendos artículos primeros que, para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y que a ningún pueblo se le puede privar de sus medios de subsistencia, lo que como dicen y explican los profesores Fernández Ruiz, Márquez, Ovalle Favela y Sánchez

<sup>48</sup> López Velarde Estrada, Rogelio, “Por un régimen de contratación acorde a la industria”, en Rosenzweig Mendialdua, Francisco y Lozano Díez, José Antonio (coords.), *La reforma petrolera. El paso necesario*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2008, pp. 146 y 147.

Castañeda,<sup>49</sup> significa que los intereses de la nación y de la colectividad prevalecen sobre los intereses individuales, y en donde cualquier acto de explotación de esos recursos debe orientarse hacia los fines sociales.

En el mismo sentido, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 41/128, del 4 de diciembre de 1986, postula en el párrafo segundo de su primer artículo que:

El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.<sup>50</sup>

Adicionalmente cabe destacar los siguientes instrumentos: la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007, y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes aprobado por la Conferencia General de la OIT.

El 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la que establece, entre otros, los siguientes derechos de estos pueblos:

- a) A participar en las cuestiones que afecten a sus derechos de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones (artículo 18).
- b) Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (artículo 19).
- c) A mantener y desarrollar sus sistemas e instituciones políticas, económicas y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo (artículo 20).

<sup>49</sup> Fernández Ruiz, Jorge *et. al.*, *El marco constitucional de la industria petrolera*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Documento de trabajo núm. 111, mayo de 2008, p. 7.

<sup>50</sup> Díaz Müller, Luis, *El derecho al desarrollo y el nuevo orden mundial*, México, UNAM, 2004.

- d) A mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras (artículo 25).
- e) A poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional o de otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate (artículo 26).
- f) A la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado (artículo 29).
- g) A determinar y elaborar prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual (artículo 32).

El 27 de junio de 1989, la 76 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el que fue ratificado por la Cámara de Senadores el 11 de julio de 1990, contempla los siguientes derechos a favor de los pueblos indígenas:

- a) A ser consultados<sup>51</sup> por los gobiernos, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas,

<sup>51</sup> En la resolución del 27 de junio de 2012 de la Corte Interamericana de De-

- cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6).
- b) A decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7).
  - c) A que el Estado proteja especialmente su derecho sobre los recursos naturales existentes en sus tierras. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (artículo 15).
  - d) A que el Estado los consulte antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras a fin de determinar si sus intereses serán perjudicados y en qué medida. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (artículo 15).

## 10. *La seguridad nacional*

No puede pasarse por alto la definición legal que se contempla en el artículo 3o. de la Ley de Seguridad Nacional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de abril de 2005, en donde, en su fracción II, se entiende como parte de la seguridad nacional de México, la preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio. Este principio que define la seguridad nacional del país, es contradicho por los sistemas de contratación y de concesiones, pues se entregarían, aunque sea transitoria y temporalmente, partes o bloques del territorio nacional en beneficio de las compañías petroleras internacionales. Además, el debilitamiento de la industria petrolera y eléctrica nacionales —porque las em-

rechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador, la Corte señaló el alcance del derecho de consulta: debe tener carácter previo, debe ser de buena fe, su finalidad debe ser la de llegar a un acuerdo, debe ser adecuada y accesible, debe tomar en cuenta el impacto ambiental y la cultura indígena en cuestión, y debe ser una consulta informada que respete el resto de los derechos fundamentales.

presas públicas mexicanas competirán con las extranjeras— subordinará el sector energético del país a las decisiones e intereses del exterior.

### 11. *Quién decidirá a futuro la plataforma de producción y exportación*

Existen muchas variables de la posible reforma energética que deben tenerse en cuenta, pero hay una que es crucial y que explica en buena medida la intención privatizadora del gobierno porque se propone aumentar en algunos años la producción de petróleo a más de 3.5 millones de barriles diarios de crudo. Me refiero a la plataforma de producción y exportación de hidrocarburos.

La plataforma de producción y exportación de crudo es la determinación sobre la cantidad de hidrocarburos que se calcula se extraerá del subsuelo y el precio que tendrán esos hidrocarburos en el mercado internacional, y que cada año a propuesta del Ejecutivo federal —la Secretaría de Hacienda— aprueba el Congreso en la Ley de Ingresos, pues una porción de ese total, vía los ingresos fiscales que paga Pemex a la Secretaría de Hacienda, es parte del Presupuesto de Egresos de la Federación.

El tema de la plataforma de producción y de exportación de hidrocarburos tiene que ver con consideraciones como las siguientes: 1) por qué la Secretaría de Hacienda primero y el Congreso después deciden que se extraigan, por ejemplo, tres millones de barriles de crudo al día; 2) por qué se decide que casi la mitad de ese crudo se venda a los Estados Unidos y no se almacene, refine o se emplee en la industrialización de petroquímicos, actividades que generarían mayor valor agregado e implicarían mayor beneficio a la nación.

La respuesta a esas dos preguntas, que nos explica el saqueo de crudo que ha vivido nuestro país con enorme daño al pueblo de México y a las generaciones futuras, está vinculada a los acuerdos explícitos y secretos del gobierno mexicano con el gobierno los Estados Unidos. México se ha comprometido con ese gobierno, desde hace décadas, a proveerle a los Estados Unidos más de un millón y medio de barriles de crudo al día, porque sin ellos, más los millones de barriles que recibe Estados Unidos de otros proveedores como Venezuela, Arabia Saudita o Canadá, la industria norteamericana colapsaría en poco tiempo —se calcula que los Estados Unidos necesitan 18 millones de barriles al día para mantener en funcionamiento su planta productiva—.

México ha tomado respecto a la plataforma de producción y exportación de hidrocarburos una política económica irracional y contraria al

interés nacional. Vendemos crudo cuando debiéramos guardarlo, refinarlo o destinarlo a la industria petroquímica nacional. Sin embargo, no lo almacenamos sino que por el contrario lo extraemos irracionalmente para que lo disfrute la industria norteamericana. No lo refinamos ni construimos nuevas refinerías porque las refinerías norteamericanas del Golfo de México paralizarían su producción. Y en cuanto a la petroquímica deliberadamente hemos desmantelado esa industria nacional para beneficiar a intereses foráneos en detrimento de los intereses domésticos.

Todo lo anterior, desde luego, no se informa a la sociedad. ¿Qué pasaría si México decidiera vender su crudo a otros proveedores y no vendérselo más a los Estados Unidos? ¿Qué pasaría si redujéramos drásticamente las exportaciones de crudo a los Estados Unidos? Estoy seguro que al día siguiente el gobierno mexicano que hubiese tomado esa decisión caería o entraría en una etapa intensa de presión internacional. De ese tamaño es la importancia del tema de la plataforma de producción y exportación de crudo.

Cualquier análisis de cualquier reforma en materia energética debería comenzar por abordar este tipo de problemas para buscar soluciones óptimas en beneficio de la nación y no de los intereses extranjeros. Sin embargo, los promotores de la reforma energética no explican ni justifican las decisiones que adoptan en torno a este tipo de asuntos. Es más, se puede pensar que el furor gubernamental por la reforma energética tiene que ver con nuevos compromisos del gobierno mexicano con el gobierno de los Estados Unidos para incrementar la producción de petróleo crudo y con ello aumentar el número de barriles que día con día se vende a los Estados Unidos, tal como se desprende de la exposición de motivos de la iniciativa de Peña Nieto, sin que la nación mexicana pueda decidir otra cosa, por ejemplo almacenar su crudo para el futuro, refinarlo a través de Pemex o promover la industria petroquímica nacional.

## 12. *La renta petrolera y su destino*

Uno de los debates más importantes que se avecina y que servirá para juzgar si la reforma energética es privatizadora o no, tiene que ver con la renta petrolera. ¿Qué es la renta petrolera? Podemos dar al menos dos definiciones aproximadas. La primera *lato sensu* entiende por renta petrolera el beneficio que el Estado obtiene al restar del costo del barril de petróleo en el mercado internacional, que es aproximadamente y en este momento de cien dólares, del costo por su extracción, que es de aproximadamente



diez dólares. Es decir, en términos gruesos, la renta petrolera equivale a noventa dólares que el Estado mexicano recibe por cada barril de petróleo y que destina al gasto público (de cada cien pesos del presupuesto de la federación cuarenta pesos tienen origen en la renta petrolera).

La segunda definición es de carácter fiscal y señala que la renta petrolera se integra con la totalidad de las contribuciones fiscales que el Estado recauda por la explotación de los hidrocarburos. Ya dijimos que casi 4 de cada 10 pesos del presupuesto de la federación provienen de esa renta petrolera.

El gobierno federal, el PRI y el PAN, están empeñados en la reforma energética que propone abrir el sector energético a la inversión privada, principalmente a la internacional. La cuestión pertinente consiste en preguntarse si esa apertura mantendrá los actuales niveles de renta petrolera que obtiene la nación mexicana vía la Hacienda pública. Esto es, si las empresas transnacionales pagarán al Estado mexicano las mismas contribuciones fiscales que Pemex, pues Pemex es el principal contribuyente del país. Aporta más de un billón de pesos al año al fisco.

Es obvio que si se obliga a las grandes empresas transnacionales a pagar al fisco mexicano lo mismo que Pemex, su margen de ganancia sería menor al que esperan obtener y, seguramente por ello, en esas condiciones no participarían con sus inversiones para extraer el crudo mexicano. Lo expuesto entraña que para que sea atractiva la inversión extranjera o nacional en materia petrolera, la carga impositiva de las empresas petroleras o de servicios debe ser menor a la de Pemex, para que el negocio privado se produzca.

Lo anterior significa que el Estado mexicano reducirá, merced a la reforma energética, el ingreso fiscal derivado de la renta petrolera, misma que es constitucionalmente de la nación, que es de todos, de las presentes generaciones y de las futuras. Y no solo eso, sino que la reforma va a propiciar que compartamos como mexicanos la renta petrolera, que insisto es de la nación, con las compañías transnacionales. Además, como habrá una reducción de recursos fiscales, el gobierno promoverá una reforma fiscal para compensar lo que ya no obtendrá a consecuencia de la reforma energética.

Es decir, por una parte compartiremos la renta petrolera que es de la nación con las grandes empresas privadas y, por otra, los mexicanos pagaremos nuevos impuestos para completar lo que la Hacienda pública ya no recibirá de Pemex. Es un esquema injusto que privatiza los beneficios de la nación a favor de las empresas transnacionales que invertirán en el

sector energético, y que socializa la carga fiscal entre los mexicanos para incrementar los beneficios de los grandes intereses económicos.

Por eso en la izquierda se ha insistido en una reforma energética distinta. Una reforma que mantenga la renta petrolera en la nación y que la administre en beneficio de la sociedad. Esa reforma arguye que la renta petrolera se destine: a garantizar el derecho a la alimentación de los mexicanos; a las obras de infraestructura socialmente necesarias de los tres órdenes de gobierno; al desarrollo de la planta industrial y productiva de la nación; al apoyo de las pequeñas y medianas empresas, y a la educación, a la salud, a la investigación científica y tecnológica. Además se indica que la renta petrolera no debe orientarse a cubrir el gasto corriente de las entidades, dependencias, poderes, órganos constitucionales u órdenes de gobierno como desgraciadamente ha ocurrido en la historia reciente de nuestro país. También se propone que se prohíba la constitución de fondos con los excedentes de la renta derivada de la explotación de los recursos naturales de la nación y que se impida la integración de fideicomisos o cualquier otra figura análoga con los recursos derivados de la explotación de la renta petrolera.

La determinación del destino de la renta petrolera debe tomar en cuenta la perspectiva integral de su máxima explotación tecnológico-industrial, tanto para las generaciones presentes como para las futuras, y nunca estimar que los recursos naturales de la nación son simples materias primas o insumos primarios sino elementos para el desarrollo a mediano y largo plazo de la República. Se trata de una visión totalmente diferente a la del gobierno, pues éste está más interesado en los negocios y beneficios de las grandes empresas transnacionales que en el beneficio para la nación.

Los gobiernos mexicanos, principalmente los dos últimos, el de Fox y el de Calderón, emplearon la renta petrolera para gastarla en sueldos, burocracia y prestaciones a servidores públicos, lo que se llama gasto corriente. No ha existido una visión patriótica para destinar esa renta petrolera a la inversión productiva del país. El gobierno mexicano de Peña Nieto debiera estar pensando y proponiendo, en lugar de privatizar la industria petrolera nacional, cómo orientar esos recursos, cómo emplearlos en el desarrollo de una industria nacional vigorosa en donde los promotores de la misma sean, por un lado, el gobierno mexicano y, por otro, los empresarios de nuestro país. La renta petrolera debiera destinarse al impulso de la infraestructura, la ciencia y la tecnología nacionales.<sup>52</sup>

<sup>52</sup> Las iniciativas del PAN y del PRD se preocupan parcialmente por el tema

### 13. *Las consecuencias fiscales de la reforma energética*

La posible aprobación de la reforma energética tendrá consecuencias de carácter fiscal. Pemex es el principal contribuyente del país. Cada año aporta al fisco alrededor de un billón de pesos, y sus aportaciones representan casi el 40% del Presupuesto de Egresos de la Federación.

Compartir las utilidades de la renta petrolera con empresas transnacionales traerá como consecuencia la disminución de las aportaciones de Pemex a la Hacienda pública. El resto de las empresas petroleras no pagarán en contribuciones lo mismo que hoy en día paga Pemex al fisco. Para que las inversiones privadas sean rentables, la contribución fiscal de las empresas privadas debe ser menor a la que aporta actualmente Pemex a las finanzas públicas. La consecuencia de ello implicará el incremento de los impuestos a los mexicanos.

En un artículo reciente, publicado en el diario *Reforma*, Luis Videgaray Caso, secretario de Hacienda y crédito público, señalaba las características que tendría el régimen fiscal de Pemex de ser aprobada la reforma constitucional energética:

PEMEX mantendrá los recursos necesarios para cubrir sus costos de operación y de capital en las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos. Segundo, se mantendría un esquema de regalías y derechos pero estos serían más moderados que los que PEMEX paga en la actualidad. Tercero, y reforzando el concepto de tratar a PEMEX como una empresa, las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos ahora estarán sujetas al impuesto sobre la renta. Finalmente, se tomaría una decisión sobre los mayores recursos remanentes se reinvierten en la empresa o si una parte se transfiere al fisco a través de un dividendo.<sup>53</sup>

Como claramente se ve, una importante finalidad de la reforma energética es su variable fiscal para reducir la carga impositiva de Pemex y también de las empresas petroleras transnacionales. De concretarse ese objetivo el vacío fiscal resultante se cubrirá con nuevos impuestos a los mexicanos.

Otras posibles consecuencias fiscales tienen que ver con la doble imposición internacional. Ésta se define como el resultado de la aplicación de

cuando proponen el establecimiento de instituciones y mecanismos para administrar los excedentes de la renta petrolera.

<sup>53</sup> Videgaray Caso, Luis, “Un nuevo régimen fiscal para Pemex”, *Reforma*, 15 de agosto de 2013, p. 11.

impuestos similares en dos o más Estados por un mismo contribuyente, respecto a la misma materia imponible y por el mismo periodo de tiempo. Un medio para promover los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales se logra mediante los convenios o tratados que eliminan o reducen la doble imposición. Los tratados para eliminar la doble imposición fiscal entrañan la distribución de competencias fiscales entre los Estados para renunciar a la posibilidad de gravar los mismos hechos y las mismas personas en materia de establecimiento, regulación y exigibilidad de tributos.<sup>54</sup>

México forma parte de las reglas de fiscalidad internacional de la OCDE en materia de doble imposición tributaria, ya sea para eliminarla o reducirla. Este organismo maneja cuatro posibilidades: 1) exención total; 2) exención con progresividad; 3) la imputación total, y 4) la imputación limitada. Veremos a cuál método se adscriben las contribuciones fiscales de las grandes empresas petroleras que inviertan en México. Ellas lucharán para someterse a las reglas fiscales benignas y tratar de eludir una fiscalidad nacional severa, con lo que su aporte al fisco puede ser menor de lo que se piensa.

#### 14. *La traición a la patria*

Para defender los recursos del petróleo, de los hidrocarburos, de la petroquímica básica y de la electricidad, tenemos algunos recursos, tanto jurídicos como políticos. Entre los jurídicos a nivel interno, podemos mencionar el juicio político y las denuncias por traición a la patria; a nivel externo, las quejas y denuncias ante la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos y ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU por violaciones, entre otros, al derecho al desarrollo. Entre las políticas, están todas las formas de desobediencia y resistencia pacífica sobre las que la filosofía política ha abundado desde hace siglos.

Aunque el marco jurídico nacional promueve la impunidad de los mandatarios mexicanos, asunto que debería ser parte de una reflexión para una futura reforma constitucional, siempre existen resquicios que podemos utilizar para evitar. En el sistema constitucional mexicano, el presidente de la República tiene un régimen de responsabilidades especí-

<sup>54</sup> Miranda Pérez, Armando, "Doble imposición internacional", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y UNAM, t. III, 2008, pp. 602-604.

fico, diferente al resto de los servidores públicos federales, estatales y municipales del país y, desde luego, diferente al resto de los ciudadanos. Según el segundo párrafo del artículo 108 de la Constitución, el presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, solo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.<sup>55</sup>

La Constitución de 1857, de manera más amplia a la actual, consideraba en su artículo 103, como conductas que darían lugar a las responsabilidades del presidente de la República, la traición a la patria, la violación expresa de la Constitución, el ataque a la libertad electoral y los delitos graves del orden común. Desgraciadamente, la Constitución vigente reduce los supuestos de responsabilidad del presidente a dos: la traición a la patria y los delitos graves del orden común.

El Código Penal Federal define la traición a la patria en los siguientes términos:

Artículo 123.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos al mexicano que cometa traición a la patria en alguna de las formas siguientes:

I.- Realice actos contra la independencia, soberanía o integridad de la Nación Mexicana con la finalidad de someterla a persona, grupo o gobierno extranjero;

En el caso de la reforma energética no solo se viola el núcleo axiológico de la Constitución, sino que proponen que la renta petrolera y otros beneficios derivados de la explotación del petróleo, hidrocarburos, petroquímica básica, y electricidad, se compartan con personas, grupos e intereses extranjeros, cuando esos recursos son exclusivos de la nación y solamente pueden ser administrados y controlados por el Estado a través del sector público. Peña Nieto y el PAN quieren que las grandes empresas petroleras del extranjero realicen funciones exclusivas del Estado. Al hacerlo, someten a las industrias petrolera y eléctrica nacionales a las decisiones e intereses económicos y políticos del exterior; se compromete nuestra independencia, soberanía y hasta la integridad de nuestro territorio. Todas esas conductas, pueden constituir actos de traición a la patria porque hacen de México un país cada día más dependiente y sometido al exterior.

Cualquier presidente en México, a la luz del artículo 108 de la Constitución, también puede ser acusado por delitos graves del orden común.

<sup>55</sup> Andrade Sánchez, Eduardo, *El desafío en el sistema constitucional mexicano*, México, UNAM, 2004, p. 55.

En el ámbito federal, el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales determina cuáles son los delitos graves: ciertos tipos de homicidio, el espionaje, el terrorismo, el genocidio, etcétera. En el ámbito local, cada entidad federativa y el Distrito Federal indican, en sus normas penales, aquellos delitos considerados como graves.

¿Cuál es el procedimiento para la acusación de un presidente? Según el párrafo cuarto del artículo 111 de la Constitución, por lo que toca al presidente de la República, solo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores debe resolver con base en la legislación penal aplicable.

El artículo 110 de la Constitución señala en su párrafo cuarto que:

Para la aplicación de sanciones a que se refiere este precepto, la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en la sesión de aquella Cámara, después de haber substanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del inculpado.

El párrafo quinto del mismo precepto establece: “Conociendo de la acusación la Cámara de Senadores, erigida en jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión, una vez practicadas las diligencias correspondientes y con audiencia del acusado”. Y el párrafo sexto de esa norma determina: “Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables”.

Lo anterior significa que la Cámara de Diputados, para estos efectos actúa como ministerio público: recibe la denuncia, realiza las investigaciones, desahoga las pruebas y los alegatos con audiencia del inculpado, y en su caso determina sobre si ha lugar o no a la acusación ante la Cámara de Senadores por decisión de la mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión.

Si la decisión de la Cámara de Diputados es de acusación, la Cámara de Senadores actúa como tribunal penal, se erige en jurado de sentencia, aplica la legislación penal, determina si ha lugar o no a determinar la responsabilidad y las sanciones mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión, una vez desahogadas las diligencias y con derecho de defensa para el inculpado.

Existe la idea equivocada de que el presidente puede ser sometido a juicio político como los servidores públicos previstos en el primer párrafo del artículo 110 de la Constitución. Ello es incorrecto por tres razones:

1) porque los artículos 108, 111 y 110 establecen las conductas y el procedimiento específico de responsabilidades para el presidente; 2) porque las conductas que dan lugar al juicio político no necesariamente coinciden con las conductas y los tipos penales que originan la responsabilidad del presidente, como se aprecia de la lectura del artículo 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y 3) porque el artículo 5o. de la Ley Federal de Responsabilidades sujeta a juicio político a los funcionarios previstos en el primer párrafo del artículo 110 de la Constitución, y ahí no se encuentra el presidente.

Las iniciativas del titular del Ejecutivo federal y del PAN se oponen, desde nuestro punto de vista, a diversos preceptos a la Constitución que constituyen decisiones políticas fundamentales, y se presentaron para beneficiar al capital privado principalmente de otros países, para someter a las industrias petrolera y eléctrica nacionales, que son áreas estratégicas y exclusivas del Estado, a los intereses extranjeros y en detrimento de la nación.

#### 15. *Las claves de la reforma energética quedarán previstas en los ordenamientos secundarios*

Con la excepción de la propuesta del PRD que no está dedicada a modificar los artículos 27 y 28 constitucionales sino que propone la modificación de doce leyes secundarias y la creación de una nueva, las reformas constitucionales promovidas por el titular del Ejecutivo federal y por el PAN no vienen acompañadas por una propuesta de legislación secundaria. Eso significa que los aspectos fundamentales de la reforma que se pretende sea aprobada se definirán en los ordenamientos secundarios.

De esta suerte, los mexicanos nos quedaremos, sin conocer, al momento de la aprobación de la reforma constitucional, los alcances jurídicos efectivos de la reforma a la ley fundamental y por tanto sus sentidos privatizadores. Javier Jiménez Espriú, recuerda al Conde de Romanones cuando éste decía: “Ustedes hagan la ley, que yo haré el reglamento”,<sup>56</sup> para mostrar la importancia de las normas secundarias. Sin una propuesta integral que comprenda la reforma constitucional y la secundaria, es muy difícil comprender cabalmente la profundidad que tendrá la modificación a la carta magna.

<sup>56</sup> Jiménez Espriú, Javier, “PRI: No pienso, y luego existo”, *La Jornada*, 22 de agosto de 2013.

16. *El régimen corporativo y la participación de los trabajadores en el Consejo de Administración de Pemex*

De las deficiencias de la propuesta legal y no constitucional del PRD debemos señalar dos: la definición de Pemex y CFE como entidades corporativas de la administración pública y la salida de los trabajadores del Consejo de Administración de Pemex. Sobre el primer aspecto, es muy importante señalar que los riesgos de los gobiernos corporativos en Pemex y en la CFE, consisten en que los poderes del Estado, en concreto el Congreso de la Unión o el Poder Judicial, dejen de tener participación en esos dos organismos públicos. Me refiero, por ejemplo, a la posibilidad que el Congreso de la Unión no tenga nada que decir respecto al endeudamiento de Pemex y CFE o a que la Cámara de Diputados vía la Auditoría Superior de la Federación pierda competencias en la revisión de la cuenta pública de Pemex o de la CFE. Gobierno corporativo no debe implicar autarquía administrativa y derogación de los controles constitucionales y democráticos del Estado sobre los dos organismos.

En cuanto a la salida de los representantes del Consejo de Administración de Pemex, lo considero un error histórico y democrático. El origen de la nacionalización y expropiación petrolera fue un conflicto laboral entre los trabajadores y las compañías extranjeras. Durante los primeros años de la fundación de Pemex y en sus etapas de consolidación, los trabajadores han sido el baluarte de la industria petrolera. Es injusto eliminar del órgano de dirección de Pemex al sector que ha contribuido a su desarrollo. Democráticamente es importante que en los organismos públicos se mantengan y promuevan los mecanismos de cogestión: las empresas también deben ser dirigidas por los trabajadores y no solo por la parte patronal, en este caso de carácter gubernamental.

Es verdad que las dirigencias de los sindicatos de Pemex y de la CFE son corruptas, pero eso no significa que esa situación se mantenga indefinidamente. Urge la democratización de los sindicatos de ambos organismos y el respeto al principio de pluralidad sindical. El argumento de la corrupción sindical no debe ser la excusa para eliminar la representación sindical en el Consejo de Administración de Pemex. Por el contrario debe ser el acicate para transparentar el funcionamiento de Pemex y de la CFE y, por ello, las sesiones del Consejo de Administración de Pemex deben ser totalmente públicas para que la sociedad mexicana se entere de qué y cómo se decide en ese ámbito.



### III. CONCLUSIONES

México ha privatizado desde el gobierno de Salinas de Gortari sus principales empresas públicas. Muy pocos sectores de la economía nacional han quedado a la fecha reservados a la exclusividad del Estado. Los hidrocarburos y la electricidad son elementos fundamentales y estratégicos para nuestro desarrollo económico y para la pervivencia de nuestro país como nación soberana.

En este artículo hemos dado cuenta de las variables y consecuencias jurídicas de la posible reforma energética de 2013. La reforma constitucional a los artículos 27 y 28 de la Constitución promueve la liberalización de los sectores energéticos y de la electricidad. Las consecuencias jurídicas, económicas, políticas y sociales serán inaceptables para México como nación independiente.

El texto que se somete a consideración de los lectores ha expuesto cómo la reforma constitucional a los artículos 27 y 28 de la carta magna contradice las decisiones políticas fundamentales de nuestro ordenamiento y, en ese sentido, las podemos calificar de inconstitucionales. Hemos indicado que la reforma constitucional traerá aparejada el fortalecimiento de los poderes fácticos transnacionales que harán mucho más débiles a los poderes formales de nuestro país. También hemos señalado que al liberalizarse los sectores eléctrico y de hidrocarburos y, en virtud de lo establecido en el Tratado de Libre Comercio con Norteamérica y otros acuerdos internacionales, los hidrocarburos y la electricidad serán considerados *commodities* que estarán reguladas por el libre mercado y México perderá la rectoría económica que ha tenido en esos ámbitos. Hemos aclarado que los contratos que comparten la utilidad y en donde el pago a la empresa petrolera se vincula a la cantidad de petróleo extraído o al éxito en la producción son anticonstitucionales porque vulneran el principio de que la propiedad de las riquezas del subsuelo es de la nación y, esa riqueza no puede compartirse con particulares, sobre todo si son extranjeros. Igualmente hemos mostrado que el derecho y los tribunales de nuestro país quedarán del lado al aprobarse la reforma, pues las grandes empresas petroleras demandarán la aplicación del derecho de los tratados por instancias arbitrales o jurisdiccionales foráneas. En fin, en este artículo nos hemos referido al legado del general Cárdenas y a la tergiversación que hizo de él, el titular del Ejecutivo federal en su iniciativa, a la posible violación con la reforma constitucional energética de los

derechos fundamentales de los pueblos originarios, a la vulneración de la seguridad nacional, al futuro del control sobre la plataforma de producción y exportación, al concepto de la renta petrolera, a las consecuencias fiscales de la reforma constitucional energética, a la traición a la patria, al incremento de las competencias del Ejecutivo federal, y a cómo la reforma constitucional requiere ser comprendida en su profundidad con una legislación secundaria que no ha sido aún presentada —al momento que se concluye el artículo— ni por el titular del Ejecutivo ni por el PAN.

En cuanto a la iniciativa legal del PRD, hemos criticado su propuesta para que Pemex y CFE sean entidades corporativas de la administración pública federal. Igualmente, hemos argumentado en contra de la salida de los trabajadores del Consejo de Administración de Pemex.

## LA “SEMIOFERA” LATINOAMERICANA Y LOS RETOS DEL “NUEVO CONSTITUCIONALISMO”

Michele CARDUCCI\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Traducciones y trasplantes*. III. *Ethos ibérico y semántica histórica europea*. IV. *La traducción como stimmung europea o “metáfora” del Occidente*. V. *La ausencia de una “teoría del Estado” latinoamericana*. VI. *Los retos del nuevo constitucionalismo*.

### I. INTRODUCCIÓN

Carlos Santiago Nino, en su importante estudio sobre los fundamentos del derecho constitucional,<sup>1</sup> recuerda la complejidad al seno de los “puntos de vista” a través de la observación de la praxis y de los lenguajes constitucionales latinoamericanos, que entrelaza la perspectiva “interna” del jurista —que parte de premisas normativas aparentemente fundadas sobre el derecho positivo pero “filtradas” por horizontes cognitivos no siempre propios— con las perspectivas del todo “externas” que han sido adoptadas para describir las interacciones causales entre el funcionamiento de las instituciones y los procesos sociales, o con perspectivas “internas-externas” de aquellos quienes elaboran las categorías de clasificación general y que están dirigidas a debatir sobre los valores que permitan legitimar decisiones y limitaciones de la praxis.

El lenguaje de las traducciones constitucionales se presenta en este triple entramado como un tipo de relación de influencia entre comunicación y representaciones mentales de los diversos agentes interesados en la observación de los fenómenos jurídicos,<sup>2</sup> activando así un “flujo” de

\* Profesor ordinario (titular) de Derecho constitucional comparado en la Universidad del Salento, Italia.

<sup>1</sup> Nino, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea Depalma, 2005.

<sup>2</sup> Acerca de la función de “acoplamiento estructural” del lenguaje, véase

narraciones capaz de producir invenciones, en lugar de una real y verdadera “identificación cultural”.<sup>3</sup>

Lotman habló de “Semiosfera”<sup>4</sup> y Popovic de distinción de “sistemas lingüísticos” con base en la demarcación entre las formas del “prototexto” y del “metatexto”. Popovic explica que el desarrollo cultural puede entenderse como fermento continuo de relaciones intertextuales generadas por impulsos de un sistema social.<sup>5</sup>

El “metatexto”, por lo tanto, se caracteriza por el hecho de que los desarrollos culturales se superponen parcialmente, sin ninguna coincidencia exacta o simétrica entre lugares involucrados. Como resultado, los “metatextos” generados por el contacto son diferentes de las ideas originales y producen una idea cambiada parcialmente, que a su vez produce una mutación de la mutación y este mecanismo determina el funcionamiento real de la “semiosfera”.<sup>6</sup>

La América Latina, en cuanto primer lugar “descubierto” por el Occidente,<sup>7</sup> fue la primera “semiosfera” de experimentación entre “metatextos” (europeos) y “prototextos” (locales).<sup>8</sup> En este sentido, se define como lugar de los fenómenos de “transculturación”, determinados por la pluralidad de los procesos migratorios (tanto de personas como de ideas) experimentado por el sub-continente durante los siglos de su vida moderna, fenómeno muy diverso que no puede ser comparable con los de “aculturación” o “inculturación” en otros contextos extra-europeos.<sup>9</sup>

Luhmann, N. y Giorgi, R. de, *Teoria della società*, Milano, Franco Angeli, 1992, pp. 36 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. Alfonso, M., *L'illusione e il sostituto. Riprodurre, imitare, rappresentare*, Milano, Bruno Mondadori, 2010.

<sup>4</sup> Lotman, J. M., *La Semiosfera*, trad. it., Venezia, Marsilio, 1985.

<sup>5</sup> Popović, A., *La scienza della traduzione. Aspetti metodologici. La comunicazione traduttiva* (1975), trad. it., Milano, Hoepli, 2006, 32.

<sup>6</sup> Cfr. Van Leuven Zwart, K., *Translation and Original. Similarities and Dissimilarities*, in 2 *Target*, 1, 1989, 1990.

<sup>7</sup> O’Gorman, E., *La invención de América. El universalismo de la cultura de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.

<sup>8</sup> Cfr. Eisenberg, J., *As Missões Jesuíticas e o pensamento político moderno. Encontros culturais, aventuras teóricas*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2000.

<sup>9</sup> El concepto de “transculturación” aparece por primera vez en 1940 con el libro de F. Ortiz, *Contrapunteo cubano del tabaco y del azúcar (advertencia de sus contrastes agrarios, económicos, históricos y sociales, su etnografía y su transculturación)* (1940), Madrid, Cuba España, 1999, para indicar la incomparabilidad cultural y antropológica del sub-continente respecto a otros contextos de geopolítica de dominio colonial europeo. Sobre el debate entorno los conceptos de “aculturación” e “inculturación”, véase,

Sin embargo, este tema aún no ha sido considerado ni estudiado a profundidad por el derecho constitucional comparado latinoamericano.<sup>10</sup> El hecho que, dentro del subcontinente se hable en dos lenguas históricamente hermanas, resuelve de raíz casi cualquier problema de comunicación interna entre los operadores jurídicos.<sup>11</sup> Pero eso no explica las transformaciones semánticas y flujos de comunicación entre las diferentes experiencias constitucionales.

Entonces, discutir sobre el tema de la traducción constitucional en América Latina tiene gran importancia para la correcta contextualización de su especificidad institucional y la determinación de posibles características propias del subcontinente.

## II. TRADUCCIONES Y TRASPLANTES

En la Europa de hoy en día el tema de la traducción comprende problemas de "armonización" entre las veintitrés lenguas oficiales de la Unión Europea, como aquellos relacionados con calcos lingüísticos, conceptos e instituciones jurídicas, que a su vez reflejan las diferencias pluriseculares entre las tradiciones del *Common Law* y el *Civil Law*, y entre *Occidente* y *Oriente* europeos:<sup>12</sup> emblemático el debate acerca de las tradiciones legales y constitucionales comunes<sup>13</sup> y sobre la identidad de la Unión Europea.<sup>14</sup>

además al "clásico" Dupront, A., *L'acculturazione. Per un nuovo rapporto tra ricerca storica e scienze umane*, trad. it., Torino, Einaudi, 1966.

<sup>10</sup> Cfr. Quintana Linares, S. V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, T.3, Buenos Aires, Plus Ultra, 1981, y *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, CLACSO-UNESCO, 2001, pp. 201 y ss.

<sup>11</sup> Carpizo, J., *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*, en *Anuario Iberoam. de Justicia Const.*, 10, 2006, pp. 73 y ss.

<sup>12</sup> Piénsese para todos los casos en la cuestión del ingreso de Turquía en la Unión Europea: cfr. Carducci, M. y Bernardini d'Arnesano, B., *Turchia*, Bologna, il Mulino, 2008.

<sup>13</sup> Cfr. Pinelli, C., *Le tradizioni costituzionali comuni ai popoli europei fra apprendimenti e virtù trasformativa*, en *Giornale storia cost.*, 9, 2005, pp. 11 y ss., y Andò, B., *Sulla tradizione giuridica europea*, en B. Andò, F. Vecchio (a cura di), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Padova, Cedam, 2012, pp. 125 y ss.

<sup>14</sup> Carducci, M., *il Trattato di Lisbona di fronte alle nuove identità costituzionali*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, Quaderno n. 5 a cura di A. Lucarelli, a. Patroni Griffi, Napoli, ESI, 2009, pp. 145 y ss.

En América Latina, por su parte, el mismo tema se presenta de un modo muy diferente, involucrando al menos tres campos de observación relativos a:

- a) La *convivencia* entre “idioma institucional” oficial e identidad indígena (también lingüística).
- b) El *transplante* del lenguaje de la modernidad europea a lugares que no fueron parte en su construcción.
- c) La *difusión* del lenguaje europeo de la modernidad a través de los idiomas impuestos por la colonización ibérica.

Sobre el primer punto, la investigación sobre una posible “armonización” es prácticamente imposible, ya que se trataría de conciliar recíprocamente el derecho moderno y el derecho arcaico dentro de un mismo espacio jurídico.<sup>15</sup>

Sobre el segundo punto, América Latina, católica y “sincrética”, no ha logrado aún alcanzar definitivamente la “secularización total del poder” como proceso de civilización y liberación de su entera sociedad.<sup>16</sup>

Y en cuanto al tercer punto, la legitimación histórica de las lenguas *dominantes* ha sido, en la mayor parte de las veces, más bien un motivo para la “contestación” que un hecho a favor del reconocimiento de las diferencias o de la inclusión social.<sup>17</sup>

El esquema de diferencias antes descrito puede ser resumido, señalando que, en Europa, el objeto de la traducción jurídica está constituido por *técnicas de comunicación* entre contextos de civilización constitucional paralelos. En América Latina, por el contrario, el objeto de la traducción coincide más bien con el fenómeno de los *trasplantes de conceptos* externos hacia las raíces históricas del sub-continente, y no precisamente de experiencias y de instituciones jurídicas propias.

<sup>15</sup> Palmisano, A. L. y Pustorino, P. (cur.), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, ILLA, Roma, 2008.

<sup>16</sup> Véase Saldanha, N., *Secularização e democracia. Sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

<sup>17</sup> Véase Díaz Arenas, P. A., *Constitucionalismo y Tercer Mundo*, Bogotá, Temis, 1997; Lora Cam, J., *Los orígenes coloniales de la violencia política en el Perú*, Puebla, Univ. Autónoma, 2000; Sáchica, L. C., *Constitucionalismo mestizo*, México, UNAM, 2002. Piénsese al tema del pluralismo lingüístico y jurídico en el “nuevo constitucionalismo”: cfr. Carducci, M. (a cura di), *Il «Nuevo constitucionalismo» andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista*, numero monografico in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, II, 2012, pp. 319-467.

### III. *ETHOS* IBÉRICO Y SEMÁNTICA HISTÓRICA EUROPEA

Por lo tanto, América Latina presenta características de completa originalidad, no solo relacionadas con la presencia de numerosas identidades indígenas, sino también con la especificidad propia del *ethos ibérico* que ha caracterizado a los actos institucionales del sub-continente. Sus articulaciones se revelan del todo únicas en comparación con Europa.

En primer lugar, como es bien sabido, las lenguas fundacionales de la identidad constitucional de América Latina fueron el español y el portugués, es decir las llamadas "lenguas de la conquista", las cuales, debido a su introducción violenta e irreversible,<sup>18</sup> no fueron capaces de construir un intercambio efectivo de contenido y eficacia entre los sujetos a los que las Constituciones formalmente fueron aplicadas.<sup>19</sup> La "excepción colonial" por tanto, contribuyó así a la creación de "ficciones" dentro de estos idiomas oficiales de las metrópolis.<sup>20</sup>

En segundo lugar, entre el español y el portugués es posible identificar un *ethos* común diferente al que se desarrolló en otros idiomas de la modernidad constitucional europea:<sup>21</sup> se trata de un *ethos* "tardío" (respecto al inglés y el francés de los siglos XVII y XVIII y al alemán del siglo XIX<sup>22</sup>) que retrasó la circulación de la semántica de las adquisiciones conceptuales provenientes de los centros constitucionales europeo y norteamericano. Además ni el español ni el portugués llegaron nunca a asumir en América la función de "lingua franca" producida por el inglés,<sup>23</sup> ni tampoco contribuyeron a cimentar un idioma identitario referido a un

<sup>18</sup> Cfr. Nuzzo, L., *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004.

<sup>19</sup> Cfr. Clavero, B., *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.

<sup>20</sup> Costantini, D., *L'eccezione coloniale*, in *DEP*, 7, 2007, pp. 259 y ss.

<sup>21</sup> Bravo Lira B., *El Estado constitucional en Hispanoamérica (1811-1991). Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*, México, Escuela libre de Derecho, 1992; O. Villas Bôas Filho, *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2009, spec. pp. 187 y ss.

<sup>22</sup> Para España, F. Tomás y Valiente, *Códigos y Constituciones. 1808-1978*, Madrid, Alianza, 1989; para Portugal, P. Ferreira de Cunha, *Teoria da Constituição*, I, Lisboa, Verbo, pp. 279 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. Lacoste, Y. y Rajagopalan, K. (cur.), *A geopolítica do inglês*, São Paulo, Parábola ed., 2005.

determinado pueblo, como sí lo hicieron por su parte los idiomas francés y alemán.

Por estas razones, e incluso antes que por razón de su matriz latina, los idiomas constitucionales oficiales del sub-continente latinoamericano han resultado insuficientes para asimilar literalmente los contenidos de otras lenguas europeas, pues la historicidad intrínseca de los conceptos jurídicos expresados en Europa no encontró jamás correspondencia dentro de los aparatos conceptuales de los que disponían los traductores latinoamericanos y mucho menos en la historia de los contextos en que éstos debieron trabajar. De ahí se derivan los fenómenos de “esfuerzo en la traducción”, calificados por João Mauricio Adeodato<sup>24</sup> como incapacidad para superar el simple dato lingüístico y promover un procedimiento autónomo de concretización de los significados dentro de la realidad de recepción, y cuáles han sido estigmatizados por Roberto Schwarz al calificarlas como “ideas fuera de contexto”,<sup>25</sup> en cuanto representativas de una ideografía que América Latina, como experiencia constitucional, no contribuyó a alimentar.

Por otra parte, los “singulares colectivos” (*Kollektivsingulare*) como nación, República, soberanía, Estado, Constitución, pueblo, etcétera,<sup>26</sup> que han marcado el horizonte de los conceptos sociales de Europa desde el siglo XVII hasta el siglo XIX, se afirman precisamente como “*Geschichtliche Grundbegriffe*” o conceptos históricos fundamentales en el sentido otorgado a partir de los estudios de Otto Brunner, Werner Conze y Reinhard Koselleck,<sup>27</sup> y por tanto resultan desconocidos fuera de Europa. Aunque dichos conceptos hayan sido oficialmente “traducidos” no superan el estadio de los conceptos meramente indicativos, es decir que en lugar de referirse a la institucionalización de la experiencia propia del contexto, se refieren a un sistema de verbalizaciones elitarias.<sup>28</sup> Fue así como se propagaron, en América Latina, las categorías constitucionales tales como “forma de Estado”, “forma de gobierno”, “federalismo” y “Repú-

<sup>24</sup> Adeodato, J. M., *A concretização normativa. Um estudo crítico*, en *id.*, Ética e retórica, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 221 y ss.

<sup>25</sup> Schwarz R., “As ideias fora do lugar”, en *Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*, São Paulo, Duas Cidades, 1992, pp. 13-28.

<sup>26</sup> Kosellek R., *Futuro passato* (1979), trad. it., Genova, Marietti, 1986.

<sup>27</sup> Scuccimarra L., *La Begriffsgeschichte e le sue radici intellettuali*, en *Storica*, 10, 1998, pp. 7 y ss.

<sup>28</sup> *Cfr.* A. Posada, *Instituciones políticas de los pueblos hispano-americanos*, Madrid, Reus, 1900; Gallardo, R., *Las Constituciones de la República Federal de Centro-América*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.



blica”, las cuales se refieren a experiencias que, ya sea por contradicción (como en el poco factible Imperio brasileño), marginalidad (como en la monarquía mexicana)<sup>29</sup> o intermitencia (como en el caso de la república peruana),<sup>30</sup> no se tradujeron en un vocabulario específico narrativo de los acontecimientos materiales relevantes del Estado y de la Constitución propios de América Latina.<sup>31</sup>

En el constitucionalismo latinoamericano, por lo tanto, las traducciones han producido una escritura/lectura “simbólica”,<sup>32</sup> que a menudo se cristalizó en las declaraciones de los textos constitucionales, alimentando “lados ocultos” del lenguaje jurídico de cada país, disponibles solo para un pequeño círculo de intelectuales, y legitimando prácticas discursivas meramente aproximativas respecto a la fuente lingüística de la cual tomaron inspiración; por ello, si realmente a través de las traducciones es posible rastrear el *Thirdspace*<sup>33</sup> de la identificación “geopolítica” de un país,<sup>34</sup> es entonces posible decir que el análisis de los circuitos latinoamericanos de uso de idiomas diferentes al español y portugués permite la reconstrucción de la “geopolítica” de una cultura constitucional<sup>35</sup> en busca de una identidad que las lenguas *madres* no han sido capaces de consolidar por sí mismas.<sup>36</sup>

<sup>29</sup> Tesis emblemática sobre el federalismo como “forma de gobierno” en Baragán-Barragán, J., *Il federalismo messicano come forma di governo*, en Bolzan de Morais, J. L. y Bruno, A. S. (cur.), *Ricostruzione di «contesti» nel federalismo latino-americano*, Lecce-Cavallino, Pensa ed., 2010.

<sup>30</sup> Planas Silva P., *Democracia y tradición constitucional en el Perú*, Lima, San Marcos Editoriales, 1998.

<sup>31</sup> Luís Fiori, J., *Para uma crítica da teoria latino-americana do Estado*, en *Em busca do dissenso perdido: ensaios críticos sobre a festejada crise do estado*, Rio de Janeiro, Insight, 1995, 33-37; Faletto, E., *La especificidad del Estado en América Latina*, en *Revista de la CEPAL*, 38, 1989, pp. 69-87.

<sup>32</sup> Tapia Valdes, J., *Hermenéutica constitucional. La interpretación de la Constitución en Sudamérica*, Santiago de Chile, Jurídica Chile, 1973.

<sup>33</sup> Soja, E. W., *Postmodern Geographies. The Reassertion of Space in Critical Social Theory*, London, Verso, 1989.

<sup>34</sup> *Cfr.* Calvet, L.-J., *Le marché aux langues. Les effets linguistiques de la mondialisation*, Paris, Plon, 2000, y Canagarajah, A. S., *A Geopolitics of Academic Writing*, Pittsburgh, U. Pittsburgh P., 2002.

<sup>35</sup> Véase Grasso, N., *Paradigmi di «inculturazione» umanistica della Costituzione*, Lecce-Cavallino, Pensa, 2008.

<sup>36</sup> *Cfr.* Mezey, N., *Law as Culture*, en Sarat, A. y Simon, J. J. (cur.), *Cultural Analysis, Cultural Studies and the Law*, Durham-London, Duke U.P., 2003, pp. 32 y ss.

#### IV. LA TRADUCCIÓN COMO *STIMMUNG* EUROPEA O “METÁFORA” DEL OCCIDENTE

Sin embargo, existe otra consideración por hacer con referencia a la identificación de las diferencias entre Europa y América Latina. En la actual Unión Europea, donde se busca la “armonización” de sus idiomas, ya no se sostiene la primacía de aquella originaria *Stimmung* estudiada por uno de los fundadores de la semántica histórica, Leo Spitzer,<sup>37</sup> la cual fue edificada como un modelo de influencia con participación de todas las civilizaciones, y que, usando la célebre fórmula de Lucien Febvre,<sup>38</sup> conformaba un “espacio de diálogo”.

La Europa de hoy, privada de su connotación definitiva de frontera, es un sujeto histórico abierto y cerrado al mismo tiempo —como lo demuestran las declaraciones del Tratado europeo— que se inclina hacia un constante proceso de inclusión. Ella carece aún —y quizá para siempre— de una definición identitaria que pueda ser calificada genuinamente como común a la historia de todos y cada uno de los Estados que la componen.<sup>39</sup> Por supuesto, no faltan aquellos que legítimamente consideran que es precisamente esta falta de “armonía” (o de la *Stimmung* original) la que conforma su actual originalidad.<sup>40</sup> En cualquier caso, como ya mencionamos, el principal problema dentro de Europa, es el de convivencia entre las tradiciones (y civilizaciones) *paralelas* “occidentales” a su interior.<sup>41</sup>

América Latina es también “Occidente”, tanto respecto a su historia<sup>42</sup> como a sus instituciones,<sup>43</sup> incluso puede decirse que lo es en cuanto a

<sup>37</sup> Spitzer, L., *Classical and Christian Ideas of World Harmony: Prolegomena to an Interpretation of the Word «Stimmung»*, Baltimore, The John Hopkins Univ. Press, 1963, pp. 75 y ss. (trad. it. *L'armonia del mondo. Storia semantica di un'idea*, Bologna, il Mulino, 1963); *Critica stilistica e semantica storica*, Bari, Laterza, 1965.

<sup>38</sup> Febvre, L., *L'Europa. Storia di una civiltà* (1945), trad. it., Roma, Donzelli, 1999, pp. 43 y ss.

<sup>39</sup> Cfr. Rodotà, S., “L'ossessione identitaria”, en Paciotti, E. (cur.), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, Meltemi, 2003, pp. 158 y ss.

<sup>40</sup> Cassese, S., *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, en [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it)

<sup>41</sup> Glenn, H. P., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza* (2010), trad. it., Bologna, il Mulino, 2011.

<sup>42</sup> Mignolo, W.D., *The Darker Side of the Renaissance: Literacy, Territoriality, and Colonization*, Ann Arbor, Univ. Michigan Press, 1995, pp. 125 y ss.

<sup>43</sup> Carmagnani, M., *L'altro Occidente. L'America latina dall'invasione europea al nuovo millennio*, Torino, Einaudi, 2003.

tradición de civilización.<sup>44</sup> Sin embargo, en América Latina no fue posible el nacimiento ni la convivencia de tradiciones *paralelas*: las “otras” tradiciones fueron simplemente (e incluso brutalmente) destruidas.

Considerando las líneas de pensamiento anteriores, Bartolomé Clavero<sup>45</sup> no se equivoca al denunciar las ficciones (como aquella que dio base a la “parábola de Ackerman” —refiriéndonos al constitucionalista de la Universidad de Yale que se ocupó por estudiar los “momentos constituyentes” de los Estados Unidos que fueron utilizados para justificar la exclusión de los esclavos y los indios americanos—) y la *estratigrafía* constitucional del *culturicidio* de la “identidad indígena”, fundados en el juego lingüístico del entramado creado entre *género artificioso* y *especie forzada* de las categorías conceptuales del derecho constitucional occidental.

En este punto, y parafraseando a otro gran estudioso de la semántica histórica europea, Guido Calogero,<sup>46</sup> se podría decir que la especificidad latinoamericana de las traducciones jurídico-constitucionales ha sido la del desarrollo de un lenguaje *metafórico* que busca *asemejarse* a Europa por medio del uso de una especie de *protocolo lingüístico oficial* que norma la utilización de palabras y conceptos. Piénsese nuevamente en los dos “singulares colectivos” fundamentales de la semántica histórica europea: las palabras (y también conceptos) nación y Estado. Ellas representan una de las “identidades protocolares” del discurso jurídico-constitucional de las instituciones modernas; son el reflejo de la ideología del “*hacer cosas con palabras*”, parafraseando la propuesta de Austin,<sup>47</sup> portadora de un “negativismo jurídico” (es decir, de la negación de la complejidad de los problemas —incluso de aquellos lingüísticos y semánticos— del derecho fuera de Europa), tal como también lo explicó, desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica contraria a las incontrolables hermenéuticas metodológicas, Italo Mancini<sup>48</sup> en Italia.

<sup>44</sup> Véase magistralmente a Zea, Leopoldo, “Imperio Romano e Imperio Español en el pensamiento de Bolívar”, *Rivoluzione Bolivariana. Quaderni Latinoamericani VIII/1981*, Napoli, ESI, pp. 13-26.

<sup>45</sup> Véase *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994; *Genocidio y justicia. La destrucción de las Indias ayer y hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2002; “Guaca indígena y arqueología constitucional: pueblos y Estados en América”, en Pérez Royo, J. et al. (eds.), *Derecho constitucional para el Siglo XXI*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, t. II, pp. 4727 y ss.

<sup>46</sup> Calogero, G., *Estetica, Semantica, Istorica*, Torino, Einaudi, 1947.

<sup>47</sup> Austin, J. L., *Come fare cose con le parole*, Genova, Marietti, 1985.

<sup>48</sup> Mancini, I., *Negativismo giuridico*, Urbino, QuattroVenti, 1981, y *Diritto e società. Studi e testi*, Urbino, QuattroVenti, 1993.

De acuerdo a estos *protocolos* el lenguaje no asumiría por sí mismo el problema de su verdad o falsedad histórica sino solo el de su mayor o menor respeto por el discurso oficial que se desea fijar,<sup>49</sup> independientemente de cualquier “pre-comprensión praxiológica”, es decir, de la referencia material a la esfera práctico-política de la experiencia de largo plazo dentro de la cual éste se utiliza. En consecuencia, el léxico (como hecho convencional) determinaría así al hecho (lingüístico) institucional<sup>50</sup> de acuerdo a una racionalidad formal no necesariamente material. En resumen, el hecho, cuanto construcción social, perdería su valor de evidencia por sí mismo y adquiriría el de evidencia relativa, o mejor dicho el de una creencia compartida: eso que B. Latour ha llamado *fetiché*<sup>51</sup> o que T. Parsons ha llamado *el universal evolutivo* de los procesos de diferenciación.<sup>52</sup> De este modo, las traducciones aparecen como totalmente funcionales en cuanto a estas opciones.<sup>53</sup>

Sin embargo en América Latina, tal y como ha sido demostrado por los estudios de Anthonio L. Palmisano, todas las “identidades protocolares” han producido la fijación y la fosilización de los objetos de referencia debido a “su dependencia de las instituciones de la modernidad y a la limitación de los actores sociales a un único papel objetual, que además se convierte en coactivo y potencialmente mercantilizado”.<sup>54</sup> En última instancia, estas identidades han alimentado el ocultamiento, la exclusión, y los malentendidos.

<sup>49</sup> Ayer, A., *Linguaggio, verità e logica*, Milano, Feltrinelli, 1961.

<sup>50</sup> Lima Guerra, M., *O que è um juiz?*, en *15 Pensar. Rev. Ciências Jurídicas*, 2, 2010, pp. 514 y ss.

<sup>51</sup> Latour, B., *Die Hoffnung der Pandora*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2000, pp. 374 y ss.

<sup>52</sup> Parsons, T., “Universali evolutivi della società”, en *id.*, *Teoria sociologica e società moderna*, Milano, Etas Libri, 1979, pp. 207 y ss.

<sup>53</sup> Delmas-Marty, M., *Les forces imaginantes du droit*, (III) *La refondation des pouvoirs*, París, Seuil, 2007, pp. 163 y ss.

<sup>54</sup> Palmisano, A. L., *Immagine e rappresentazione indigena verso la ri-appropriazione sociale, culturale, economica*, en Palmisano, A. L. (cur.), *Identità linguistica dei popoli indigeni del Mercosud come fattore di integrazione e sviluppo*, IILA, Roma, 2007, pp. 117 y ss.; “Le identità delle comunità indigene e l’identità indigena”, en Palmisano, A. L. y Pustorino, P. (cur.), *Identità dei popoli indigeni*, *cit.*, pp. 9 y ss.; “La rappresentazione come forma narrativa del diritto nell’epoca post-globale”, en Palmisano, A. L. (cur.), *Identità delle comunità indigene del Centro America, Messico e Carabi: aspetti culturali e antropologici*, Roma, IILA, 2008, pp. 195 y ss.; “Le società indigene nell’epoca delle identità protocollari”, in Palmisano, A. L. (cur.), *Identità delle comunità indigene del Centro America, Messico e Carabi: aspetti culturali e antropologici*, Roma, IILA, 2010, pp. 207 y ss.

## V. LA AUSENCIA DE UNA “TEORÍA DEL ESTADO” LATINOAMERICANA

Por otra parte, el gran ausente dentro la construcción conceptual “autóctona” en América Latina es la existencia de una verdadera “teoría del Estado”. Esta ausencia, como lo demuestran los estudios de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina),<sup>55</sup> ha marcado las características propias de la periferia latinoamericana, obstaculizando así la consecuente elaboración y desarrollo de una teoría de la Constitución adecuada a la realidad.<sup>56</sup> La tesis dominante, recientemente retomada, entre otros, por Bravo Lira,<sup>57</sup> atribuye el fracaso del constitucionalismo latinoamericano a esta disociación. El establecimiento simultáneo de gobiernos republicanos en los varios Estados latinoamericanos que recién lograban su independencia de la metrópoli española cuando aún no existía un modelo teórico constitucional definido en las grandes narraciones europeas del siglo XIX, habría contribuido a mantener abiertas cuestiones fundamentales para la autorrepresentación de las nuevas identidades.<sup>58</sup> A símiles desorientaciones, habría que sumar los comportamientos xenófilos de “romanticismo constitucional”<sup>59</sup> dictados más por curiosidad literaria y estética que por un verdadero análisis de políticas o derecho comparado, y aquellos relacionados con el “idealismo de la Constitución”<sup>60</sup> entendido como exaltación de un aparato lingüístico y conceptual en torno al significado de Constitución, que es de poca utilidad en la práctica política. Por ejemplo, en comparación con el sistema alemán, las prácticas más comunes de los diversos autores latinoamericanos ha sido la transcripción acrítica de las conceptualizaciones de Max Weber y Georg Jellinek sobre “Estado”, el

<sup>55</sup> Oliveira, F. de, “O Ornitorrinco”, en *Crítica à razão dualista*, São Paulo, Boitempo Editorial, 2003, pp. 125-128.

<sup>56</sup> Bercovici, G., *La periferia del capitalismo como crocevia delle teorie dello Stato e della Costituzione*, Lecce-Cavallino, Pensa, 2007.

<sup>57</sup> Bravo Lira, B., “Entre dos Constituciones, histórica y escrita: *Scheinkonstitutionalismus* en España, Portugal e Hispanoamérica”, *Quad. Fior. St. Pens. Giur. Mod.*, 27, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 151-165.

<sup>58</sup> Aguilar Rivera, J. A., *En pos de la quimera: reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 17-19 y 24-33.

<sup>59</sup> Saldanha, N., *A Teoria do “Poder Moderador” e as Origens do Direito Político Brasileiro*, en *Quad. Fior. St. Pens. Giur. Mod.*, 18, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 254 y 255.

<sup>60</sup> Oliveira Vianna, F. J. de, *O Idealismo da Constituição*, São Paulo, Cia ed. nacional, 1939, pp. 7-11 y 311-314.

cual ha sido asumido dentro este contexto jurídico como simple deducción lógica.<sup>61</sup>

Por lo demás, aunque las lecturas que hacen hincapié en la originalidad del así llamado “constitucionalismo latino” presente en el sub-continente, si bien contribuyen de manera convincente a la existencia de un sistema jurídico específico latinoamericano<sup>62</sup> original y diferente respecto a los grandes sistemas jurídicos del hemisferio norte,<sup>63</sup> no van más allá de una mera reconstrucción de una serie de presunciones e ideas presentes en la ciencia jurídica del continente, las que, aun siendo útiles para identificar un *mos latinoamericanus* que refleja por ejemplo al organicismo alemán,<sup>64</sup> son aún insuficientes para explicar las razones del éxito o el fracaso de cada uno de sus experimentos constitucionales.

Es bajo esta óptica que es posible comprender la redundante y simplista apelación a doctrinas históricamente descontextualizadas, como la evocación del *Blatt Papier* de Lassalle<sup>65</sup> que se convirtió en clave casi universal de interpretación de la Constitución en los países latinoamericanos, o a doctrinas estructuralmente diferentes en su base jurídico-formal de referencia, como se da en la actual superposición/confusión entre los conceptos de *Verfassungsverbund-Staatenverbund* y *Unión/Comunidad*, utilizados para legitimar procesos de integración supranacional débiles y contradictorios en el subcontinente latinoamericano.<sup>66</sup>

Evidentemente nos encontramos en presencia de procesos de traducción llevados a cabo independientemente de su equivalencia conceptual con el idioma original, y que prestan atención solo a las definiciones sin preocuparse necesariamente acerca del análisis de las características del concepto respecto a la naturaleza de los objetos a los que el idioma original traducido ha querido referirse para delimitar definiciones y horizontes cognitivos.

<sup>61</sup> Fiori, J. L., *Para una crítica da teoria latino-americana do Estado*, cit., pp. 22 y ss.

<sup>62</sup> Cfr. Catalano, P., “Sistemas jurídicos, sistema jurídico latinoamericano y derecho romano”, *Rev. de Legislación y Jurisprudencia*, 131, 1982, pp. 161 y ss.

<sup>63</sup> Cfr. Lombardi, G., *Il costituzionalismo latino americano: a proposito di una originalità sconosciuta*, prefacio de G. Guidi, E. Roza Acuña (cur.), *Costituzioni straniere contemporanee*, I, *I Paesi Andini*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 7 y ss.

<sup>64</sup> Carducci, M., “Lo «scrivere come Dio» e l’umanesimo perenne del costituzionalismo «latino»”, en *Scritti in on. di Francesco Grelle*, Napoli, ESI, 2011, pp. 51 y ss.

<sup>65</sup> Lassalle, Ferdinand, *Über Verfassungswesen*, actualmente en *Gesamtwerke: Politische Reden und Schriften*, Leipzig, Verlag von Karl Fr. Pfau., 1907.

<sup>66</sup> Cfr. Carducci, M. (a cura di), *Le integrazioni regionali latinoamericane fra originalità, «flussi giuridici» dall’Europa e Judicial Re-Use*, numero monografico in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, I, 2013, pp. 78 y ss.

## VI. LOS RETOS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

“No somos europeos, no somos indios, sino una especie media entre los aborígenes y los españoles... Es imposible asignar con propiedad a qué familia humana pertenecemos...”. Con estas palabras, Simón Bolívar, en su Discurso de Angostura el 15 de febrero de 1819, sancionaba las razones que justificaban la independencia de América Latina.<sup>67</sup>

Esta es su verdadera calidad como “semiosfera”.

La imposibilidad de asignar una unívoca “identificación cultural” para el subcontinente, es a su vez la razón misma de la peculiaridad del “flujo” de las traducciones dentro de esos países entre “prototextos” de elaboración de las ideas y “metatextos” de transformación.

Yo creo que este es el gran reto del “nuevo constitucionalismo” latinoamericano, con su lenguaje “pos colonial”: la “descolonización” de trasplantes jurídicos, para promover una emancipación del subcontinente a través de teorías del Estado y de la Constitución finalmente “adecuadas” a la complejidad de esa realidad histórica y cultural.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Acerca del pensamiento del *Libertador*, véase E. Roza Acuña, *Bolívar. Pensamiento constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983.

<sup>68</sup> Cfr. Wolkmer, A. C. y Petters Melo, M. (orgs.), *Constitucionalismo Latinoamericano. Tendencias Contemporáneas*, Curitiba, Juruá, 2013, y Medici, A., *La Constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*, San Luis Potosí, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Centro Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, 2012.





## PRINCIPALES RETOS DEL PRESIDENCIALISMO MEXICANO DESDE LA PERSPECTIVA DE JORGE CARPIZO: EL CASO DE LA FINANCIACIÓN DE LAS CANDIDATURAS INDEPENDIENTES

Oswaldo CHACÓN ROJAS\*

Nadie duda que los añejos y predominantes sistemas presidencialistas latinoamericanos se encuentren en crisis desde hace un buen tiempo. Mayores exigencias de contrapesos, equilibrios y descentralización de poder generalmente han partido de la necesidad de transformar dichos sistemas e incluso, en algunos casos, sustituirlos completamente por sistemas de corte parlamentario. Es en el contexto opositor a esta corriente que destaca el trabajo del doctor Jorge Carpizo. Lejos de escuchar el canto de las sirenas, el gran constitucionalista mexicano siempre destacó las ventajas del sistema presidencialista en la región, y la importancia de fortalecerlo para hacerlo viable en un contexto de mayores exigencias democráticas. Para el doctor Carpizo *el sistema presidencial es tan democrático como cualquier parlamentario, e incluso puede contener aspectos más positivos que este último*. Y en sus textos aclaró que cuando se hacía referencia peyorativamente al “Presidencialismo mexicano” no se trataba de un régimen presidencial sino de una deformación del mismo. Carpizo afirma que no hay evidencia empírica que confirme que el cambio a un sistema parlamentario consolidaría la democracia en América Latina, por el contrario traería inestabilidad política. Por lo tanto, más que promover el cambio de régimen, el doctor Carpizo promovía la importancia de blindar el presidencialismo de algunos de sus principales desafíos, como puede ser el debilitamiento del sistema de partidos.

En efecto, afirmaba que si bien actualmente el principal desafío para la democracia en América Latina no es de carácter político, sino social y cultural, hay que continuar perfeccionando los sistemas de partidos en algunos países, y no dar ningún paso atrás en estos aspectos.<sup>1</sup> Afirmaba que

\* Catedrático de derecho electoral (UNACH) e investigador nacional.

<sup>1</sup> Carpizo, Jorge, “Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo-agosto de 2007, pp. 325-384, 372 y 373.

el sistema de partidos influye en la calidad del sistema y, a su vez, éste sobre aquél. Las fortalezas del presidencialismo dependen de las características del sistema partidista en el cual se desarrolla. Un sistema de partidos plural y competitivo resulta fundamental para el desarrollo del presidencialismo en un contexto democrático. Y a la inversa, el presidencialismo favorece el sistema de partidos principalmente en dos aspectos.<sup>2</sup> La primera es que en el sistema presidencial, como es el caso mexicano, los ciudadanos conocen con mayor precisión por quién están votando, esto se debe a que los partidos políticos eligen a sus candidatos con anterioridad a las elecciones. La segunda se refiere a que los electores tienen la posibilidad de votar por diversos partidos, es decir, puede votar por un partido para el titular del Ejecutivo y para sus representantes legislativos pueden elegir otro partido, lo cual permite mayor voluntad de diálogo y negociación.

Ahora bien ¿pueden las ventajas del sistema presidencialista identificadas por Carpizo y basadas en un sólido sistema de partidos ponerse en riesgo frente a la incorporación de candidaturas independientes en el juego político electoral?

La democracia mexicana fue consecuencia de sucesivas reformas electorales que permitieron el tránsito de un régimen de partido hegemónico con pocas y en la mayoría de las ocasiones nulas posibilidades de competencia electoral, a un sistema pluripartidista sustentado en un régimen de un oneroso financiamiento público distribuido de manera proporcional entre los partidos, acceso equitativo a medios de comunicación. En la medida en que los partidos se financiaron y accedieron a medios se fueron fortaleciendo, lo cual se ha traducido en condiciones de triunfo para todos. Esos mismos partidos políticos, constituyen el principal garante del Estado mexicano frente a poderes externos, tal y como se demostró con la reforma constitucional de 2007.

Paradójicamente, este empoderamiento partidista ha venido acompañado de un fuerte desgaste en el ánimo y la confianza de un sector importante de la población. En el centro de los cuestionamientos se encuentran los mismos argumentos advertidos hace ya algunos años por Michels o Mosca, es decir, los excesos y abusos de las elites partidistas (la oligarquía de hierro), su falta de sensibilidad para atender las inquietudes e intereses de la ciudadanía, etcétera. Es por ello que la propuesta de reconocer constitucionalmente a las candidaturas independientes, y romper con ello el monopolio partidista de acceso al poder público, ha cobrado una enorme popularidad, al grado que el 9 de agosto de 2012 se publicó en

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 375 y 376.

el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el cual se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para reconocer las candidaturas independientes. Particularmente, se reformó la fracción II del artículo 35, en la cual se señala dentro de los derechos del ciudadano: “Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación”.

La incorporación de las candidaturas independientes al sistema político electoral mexicano implica muchos desafíos, pero quizá ninguno como aquellos derivados de las reglas de su financiamiento y fiscalización.

La fiscalización electoral constituye un reto irresuelto en el mundo. Es un tema complejo. Si vemos los clásicos de la teoría de los partidos políticos, en ninguno encontramos un análisis o estudio sobre el tema del control del financiamiento. Si bien hay algunos autores como Duverger, que realizan un análisis en relación con los modelos de financiamiento de los partidos políticos, en ninguno vamos a encontrar un estudio clásico en torno al control del financiamiento en la política. Hablamos de un tema novedoso, que en los últimos años ha adquirido una gran relevancia ante la emergencia de distintos escándalos en el mundo relacionados a supuesto financiamiento ilegal en las campañas. No hay ninguna democracia en el mundo que se haya escapado a este tipo de escándalos; hace unos meses, una agencia internacional encabezada por Kofi Annan, llegó a la conclusión de que justamente este tema del control del financiamiento en la política electoral constituye la principal amenaza para la integridad de las elecciones en el mundo. La regulación constitucional de las candidaturas independientes no contribuye a aminorar el tamaño del desafío.

Los procesos de fiscalización se dividen en etapas, que constituyen los ejes a través de los cuales se realiza el control del financiamiento político electoral.<sup>3</sup> Si nos atenemos al análisis comparativo tanto a nivel internacional, como a nivel regional en el caso de Zacatecas y Quintana Roo, los candidatos independientes suelen sujetarse prácticamente a las mismas obligaciones de control a las que están obligados los partidos políticos. Prácticamente en ningún caso, se identifican diferencias de control entre las obligaciones de los partidos políticos y las de los candidatos indepen-

<sup>3</sup> Cfr. Chacón Rojas, Oswaldo, *Dinero del crimen organizado y fiscalización electoral*, México, Fontamara, 2011.

dientes, sin embargo los candidatos independientes no son lo mismo que un partido político y por lo tanto al recibir un trato similar, están obligados a construir y a generar distintos espacios de responsabilidad.

Hablemos del proceso de fiscalización en nuestro país, como ya dije está dividido en etapas. La primera de ellas tiene que ver con el establecimiento de reglas de financiamiento que faciliten el control. El financiamiento político electoral está regulado prácticamente en todo el mundo, el 70% de las democracias en el mundo reconoce la posibilidad de que haya financiamiento público y privado, solo el 30% de las democracias en el mundo reconoce únicamente la posibilidad de que haya financiamiento privado, ninguna democracia en el mundo reconoce exclusivamente el financiamiento público, o es mixto o es exclusivamente privado, pero ¿cuál es el modelo de financiamiento que facilita el control o fiscalización de los gastos en el caso de las candidaturas independientes? ¿Favorece el control de financiamiento de las candidaturas independientes, un financiamiento exclusivamente público o uno exclusivamente privado, o uno mixto?

Definitivamente los modelos de financiamiento público facilitan el control ya que al existir evidencias del ingreso es muy fácil acreditar el egreso, lo cual no sucede en el caso de los fondos privados. Este tipo de ingresos son muy poco reportados por los partidos, predominan las subdeclaraciones y simulación en los informes financieros partidistas, los partidos tienen pocos incentivos para presentar un informe real de sus gastos, y la autoridad tiene generalmente muy pocos elementos o herramientas para acreditar lo que no se reporta. Una enorme cantidad de esos fondos se maneja en efectivo y al margen de los registros contables partidistas. Desde esta perspectiva, indudablemente las candidaturas independientes, se verían favorecidas si adoptamos un sistema de financiamiento público que, sin embargo, no resulta quizá del todo viable en términos prácticos, pues no sabemos si la bolsa del Estado sea suficiente o pueda alcanzar para poder financiar campañas de candidatos independientes.

En países como en Chile, se han adoptado medidas muy parecidas a la que se adoptó en Zacatecas, es decir, si bien hay fondos públicos para las campañas de candidatos independientes, estos se entregan una vez concluidas las campañas siempre y cuando se haya alcanzado cierto umbral de votos. Es decir, el candidato independiente puede recuperar parte de lo invertido, pero durante la campaña invierte de su bolsa. En algunos casos como en España se permite el financiamiento a través de la banca.

Si ninguna de estas propuestas resultara viable para financiar con recursos públicos las campañas de los candidatos independientes enfren-

taremos graves problemas en términos de fiscalización. Los fondos privados son ese elefante que está en nuestra sala y que no podemos sacar. Resultan sumamente complicados de acreditar, fiscalizar, y controlar.

El segundo aspecto del modelo de fiscalización tiene que ver con el establecimiento de reglas de gasto, ya no de ingreso sino de egreso. En este caso, se presentan distintas obligaciones para los partidos políticos, que ahora también se traspolan para los candidatos independientes, estas reglas se refieren básicamente a tener un sistema contable, que facilite la revisión de sus egresos, recibos foliados de sus ingresos, la concentración en una sola cuenta bancaria de dichos ingresos y contratos en el caso de aportaciones por especie; en el caso de Zacatecas y de Quintana Roo, erogaciones de los pagos que sean mayores a los cien días de salario mínimo a través de cheques nominativos y otra obligación que tiene que ver con registrar a un responsable financiero de las campañas de los candidatos independientes, en fin toda una gama de elementos de control para facilitar justamente la acreditación de los gastos.

En esta parte nos encontramos con un desafío, los partidos políticos generalmente tienen áreas financieras especializadas responsables de integrar los informes de ingreso y gasto electoral, cuentan con una estructura que tiene cierta continuidad de trabajo, que cumple con ciertos perfiles y requerimientos técnicos. El problema es que en el caso del candidato independiente no cuenta con esa infraestructura. Lo anterior sin lugar a dudas traerá consecuencias en términos de la calidad de los informes financieros que dichos candidatos deberán reportar a la autoridad electoral.

Otro reto obedece a los incentivos que este tipo de candidatos tienen para realizar actos de promoción antes de los plazos establecidos. En el caso de Quintana Roo, se establecen sanciones específicas como la prohibición para participar en este proceso previo si hay actos anticipados. Pero la experiencia que hemos tenido en el país es que es muy difícil acreditar los actos anticipados, pues suelen presentarse de manera simulada, además de que en la mayoría de las ocasiones las sanciones no se concretizan.

Hay un aspecto interesante en materia de regulación de gasto en la normatividad de Quintana Roo que tiene que ver con la obligación a los candidatos independientes al registrar una planeación de su gasto. Me parece fabuloso, es un elemento que contribuye y facilita, por supuesto, las tareas de control y que bien valdría la pena recogerlo para otras esferas y para otras experiencias.

El siguiente paso en el proceso de fiscalización tiene que ver, ya no con las reglas de ingreso y egreso sino con el proceso mismo de revisión de los informes que se presentan. En el caso de la presentación de informes si nos vamos a la experiencia de nuestros sistemas de partidos políticos vamos a encontrar que hay muchos problemas para integrar los informes financieros, los partidos políticos se enfrentan con el reto de que muchos de los candidatos, al no ser ellos sujetos responsables, no se sienten realmente comprometidos a presentarle al partido todos los soportes de ingreso y de egreso que realizan o que obtienen durante su campaña. En el caso de los candidatos independientes al ser ellos los sujetos responsables, sí encontramos un incentivo de responsabilidad. Mientras los candidatos de partidos políticos, no tienen incentivos para cumplir o para rendir cuentas, en términos de sus ingresos y egresos, los candidatos independientes sí lo tienen, al ser ellos los sujetos responsables directos.

El proceso de fiscalización tiene el gran reto de acreditar todos aquellos recursos privados que los partidos políticos no reportan y todos aquellos actos de simulación que están presentes en los informes de los partidos políticos. La mejor manera de afrontar ese desafío, es acompañando las tareas de revisión documental de acciones concurrentes durante el desarrollo de las campañas y durante el proceso de revisión. Durante el desarrollo de las campañas, los actos de verificación, visitas en las casas de campaña o las oficinas donde están los registros contables, los ejercicios de concatenación y por supuesto los monitoreos, resultan claves, como lo acaba de demostrar el proceso de fiscalización 2012. Estos mecanismos son la vía más eficaz para poder acreditar lo que los partidos no reportan, porque se trata de gastos que dejan huella, registro, rastro, principalmente los gastos callejeros. Antes de la reforma de 2007 la actividad del monitoreo se facilitaba, porque no estaba prohibida la contratación de espacios en radio y televisión, ahí se concentraba el principal rubro de gasto que deja rastro, pero al prohibirse ese gasto la autoridad fiscalizadora se ha visto obligada a salir a la calle a recoger evidencias de gasto que puedan servir para contrastar en el momento procesal oportuno los informes de los partidos políticos. Aquí el desafío que presentan las candidaturas independientes, va en el sentido de si la autoridad competente de realizar esta tarea de investigación realmente tiene la infraestructura y la capacidad para llevarla a cabo ante el cúmulo o número de candidatos independientes que pudieran presentarse.

Otro aspecto que tiene que ver con el modelo de fiscalización es del régimen sancionatorio y en este sentido los candidatos independientes, si nos atenemos a la experiencia comparada, están sujetos a las mismas

sanciones que los partidos políticos, es decir, las amonestaciones, las multas, y en algunos casos como en Zacatecas ya se contempla la nulidad, es decir el rebase de tope de gastos de campaña ya es causal de nulidad en este estado. Aquí el punto o el reto tiene que ver más bien con la falta de garantía para el cumplimiento de multas. En el caso de un partido político siempre se puede garantizar el pago a través de la reducción o retención de ministraciones a los partidos políticos, pero en el caso de los candidatos independientes cómo nos garantizamos el cumplimiento de sanciones en el caso de posibles sanciones de carácter económico.

Finalmente, en general las candidaturas independientes fomentan actos de simulación porque básicamente se financian a partir de aportaciones privadas con todo lo que ello implica. A esto hay que sumarle que modelos tan restrictivos como el mexicano, fomentan este tipo de situaciones, es decir, topes de gasto muy limitados, demasiadas restricciones a las aportaciones privadas, restricciones en materia de compra de espacios en radio y televisión, generan incentivos o motivos para la simulación. Por ello la experiencia a nivel internacional nos dice que aquellos modelos de financiamiento altamente restrictivos son muy difíciles de hacer valer.

En la atención a los desafíos que implica la emergencia constitucional de esta nueva figura, como en muchos otros retos de la vida institucional de México, resulta conveniente aproximarse a la sapiencia y legado del propio Carpizo. El jurista mexicano recomienda que ante la necesidad de adoptar medidas institucionales siempre es importante analizar detenidamente la evolución política del Estado y de sus instituciones, los problemas económicos, sociales y culturales, el entorno internacional y regional.<sup>4</sup> En la búsqueda de soluciones institucionales hay que tener muy presentes las peculiaridades del país, su evolución política, las causas de los problemas y del funcionamiento del sistema como un todo, no olvidarnos del factor tiempo y lugar, de la eficacia de las instituciones en diversas épocas y circunstancias. De no atender las recomendaciones del doctor Carpizo correremos el riesgo de que la radiografía salga movida, lo cual puede conducirnos a un diagnóstico equivocado de la situación y, lo que es peor, a la adopción de medidas que no resuelvan sino que complique aún más el problema.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, pp. 376 y 377.





## CARPIZO: UN SISTEMA FEDERAL DE GOBIERNO QUE HAGA VIABLE Y EFICAZ AL ESTADO FEDERAL MEXICANO

Germán CISNEROS FARÍAS\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Primera parte. Base dogmática*. III. *Segunda parte. Base orgánica*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

La teoría política contemporánea muestra de nueva cuenta la sospecha de que —en algunos casos de manera intencional y en otros sin proponérselo— el Estado federal se comporta como Estado unitario, o al menos, “tenga una tendencia a encaminarse hacia el unitarismo, la centralización o el estatismo”, aspecto denunciado por Carré de Malberg.<sup>1</sup> Esta circunstancia, de manera inversa, también se presenta en algunos Estados unitarios de América Latina al construir puentes e instituciones jurídicas favorables a un federalismo que no existe en sus Constituciones.

¿Cómo hacer, entonces, para que el entramado constitucional que circunda a un Estado federal lo presente como tal, y no como una mera entelequia jurídica, abstracta, etérea o casi metafísica? ¿Cómo construir una institución complementaria, adyacente al concepto Estado federal, que sin desdibujarlo como concepto, nos permita entenderlo? e incluso ¿cómo hacer para que el Estado federal sea viable y eficaz y que no permita estar sujeto a los vaivenes o inclinaciones políticas del momento?

La respuesta a esos cuestionamientos nos la proporciona Jorge Carpi-  
zo en varios de sus trabajos e investigaciones constitucionales que, desde

\* Doctor en derecho por la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores; miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias, profesor-investigador de la Universidad Autónoma de Nuevo León, catedrático en el Programa de Doctorado en Derecho, FACDYC, UANL.

<sup>1</sup> Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 126.

nuestra perspectiva, encierran la idea de establecer un sistema federal de gobierno que haga posible al Estado federal mexicano. Su propuesta de “amarrar” la parte abstracta, genérica del concepto Estado federal se sustenta en dos bases metodológicas: dogmática y orgánica. La primera tiene la tarea de preparar los hilos conceptuales que permitan tejer la urdimbre doctrinal buscada por el autor, para que sirva de vestido o forma al contenido de la segunda; así, la base orgánica tiene la encomienda de construir los instrumentos institucionales que hagan posible percibir al Estado federal mexicano como viable y eficaz.

No está por demás insistir que hasta la fecha, no existe un acuerdo unánime sobre qué es el Estado; sin embargo, es quizá la palabra más usada para gobernar a los pueblos, a través de sus Constituciones.

En el caso del Estado federal mexicano ha corrido la misma suerte del concepto genérico de Estado —no encontramos las características básicas de dicho concepto—, que, aun cuando se encuentre en un precepto constitucional, lo anterior no nos da garantía de que tal concepto sea aplicado en la realidad que gobierna. Esta incertidumbre conceptual fue observada por Jorge Carpizo. Conviene por tanto realizar algunos deslindes conceptuales sobre este tema para entender la propuesta que aquí se menciona.

El desarrollo del concepto del Estado es fascinante y es increíble, nos dice Clemente Valdés: unos han tratado de clasificar al “Estado” usando el término como sinónimo de poder político o simplemente de forma de gobierno según que la organización gubernamental sea federal o centralizada; otros lo clasifican para distinguir si el gobierno se presenta como monárquico o como republicano, es decir según se llame de una o de otra manera, y otros más, recurren a lo que decían los antiguos griegos sobre sus asociaciones.

Aristóteles clasificaba los gobiernos de las distintas organizaciones sociales de su tiempo, en monarquía y democracia y, entre ellas, la aristocracia como el gobierno de los mejores. Frente a estas formas “puras” (todas las cuales se refieren a formas de gobierno) se presentan sus respectivas degeneraciones: tiranía, demagogia y oligarquía.<sup>2</sup> En este apartado debemos tomar en cuenta las opiniones de Polibio<sup>3</sup> y de Norberto Bobbio, respectivamente, en la respuesta a las preguntas de quién gobierna y de cómo se gobierna. Con la respuesta a la primera pregunta Polibio

<sup>2</sup> Valdés, Clemente, *La invención del Estado*, México, Ediciones Coyoacán, 2010, pp. 65-67.

<sup>3</sup> Polibio, *Historias*, trad. de Manuel Balasch Recort, Madrid, Gredos, 2008, libro VI.

confirma la teoría tradicional de las formas de gobierno; con la segunda precisa en un esquema completo, si bien rígido, la teoría de los ciclos (o, para usar la misma palabra griega, de “anaciclosis”); con la tercera —dentro del cómo—, presenta por primera vez de manera completa la teoría del gobierno mixto. De estas tres tesis, la primera representa el uso sistemático de la teoría de las formas de gobierno, la segunda el historiográfico, la tercera el axiológico. Dicho de otro modo: con sus diversas tesis, Polibio establece definitivamente la sistematización clásica de las formas de gobierno.<sup>4</sup>

Efectivamente, necesitamos saber, a pesar de tener un concepto normativo constitucional de Estado, cuál es la forma de gobierno que la realidad presenta para dicho Estado, y no tan solo la articulación constitucional en que se presenta. Sobre este tema debemos recordar que en el mundo contemporáneo es frecuente que las nuevas Constituciones incorporen como nuevo derecho fundamental, el derecho al buen gobierno o el derecho a la buena administración. Esta toma de conciencia del buen gobierno o de la buena administración pone de relieve que el centro de la acción de gobierno o de la acción administrativa es la persona, sus derechos y libertades.<sup>5</sup> Esos aspectos esenciales para el ser humano no se encuentran aislados del mundo o de la realidad en la que vivimos. No están *in vitro*, en una cápsula espacial, en un mundo etéreo. Viven y se multiplican —o mueren— en la constante comunicación que tenemos con otros hombres, con instituciones sociales, y, en el gran apartado estructural de un Estado moderno, según sus actuales denominaciones.

La excesiva abstracción y sus valores principales, con que suele definirse el concepto Estado, en cualquiera de sus presentaciones modernas: Estado federal, unitario, confederado, autonómico, etcétera, obstaculiza los procesos constitucionales de innovación, dinamismo o, en su caso, un diálogo eficaz con la realidad social.

Esta problemática —los obstáculos teóricos del concepto Estado— no es nueva en la teoría política y mucho menos, en la teoría constitucional. Los primeros pasos sobre este tema fueron dados por autores alemanes y romanos con el propósito de focalizar el problema. Efectivamente, lo hicieron, pero dejaron peligrosas oquedades metodológicas en su caminar, en su ofrecimiento de un buen gobierno o de una buena administración.

<sup>4</sup> Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 45.

<sup>5</sup> Rodríguez-Arana Muñoz, J., *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Navarra-España, Aranzadi, 2006, p. 11.

Si tales disputas conceptuales se quedasen en la teoría, sin trascender en los hechos, no dejarían de ser una de tantas disputas intelectuales. El problema resulta en que cada día el concepto de Estado —según sus manifestaciones particulares en el mundo— y el encuentro o práctica de sus valores, se desdibuja peligrosamente, sin que haya una tesis central o propuesta teórica para sujetar tales conceptos y desmesuras conceptuales. Así, se sabe, de manera cabal, que el concepto de Estado expreso en una Constitución no está sujeto a un orden jurídico determinado, habiendo en consecuencia mixturas, confusiones, peligrosos trasvases teóricos entre ellos que aniquilan su primigenia idea conceptual.

El estudio integral del Estado y del ordenamiento jurídico, nos dice Bobbio, es relativamente reciente. Mientras existen varios estudios particulares sobre la naturaleza de la norma jurídica, no existe ningún estudio completo sobre todos los problemas que implica la existencia de un ordenamiento jurídico. Lo que hasta ahora conocemos respecto a la teoría estatalista de derecho, es que es un producto histórico de la formación de los grandes Estados que surgieron de la disolución de la sociedad medieval. Para Bobbio, la presencia de Santi Romano, con su propuesta de la institucionalización del derecho fue una reacción contra el estatalismo, abanderado por Hans Kelsen. De eso, doctrinalmente no hay duda, pero, en el enfrentamiento de estas dos teorías se crearon vacíos peligrosos que no permitieron la movilidad del concepto Estado, constituyéndolo, sin proponérselo, en una mera entelequia lógica, carente de horizontes prácticos.

Tampoco debemos dejar la idea de que tan solo estableciendo una forma de gobierno o de una buena administración, con ello se resuelve de inmediato la parte abstracta del concepto Estado. No es así. Ciertamente el accionar del Estado se dirige a realizar el interés general pero éste no está exento, en su actuación administrativa, de impregnarse en su camino de una ideología que lo pueda desdibujar o hacerlo con matices utilitaristas. Rodríguez-Arana nos advierte que: el interés general ínsito en toda actuación administrativa no es una ideología. No puede serlo en el Estado de derecho en el que la Administración obra en virtud de normas, de disposiciones generales que traducen, que deben proyectar, cada vez con mayor grado de concreción, a través de poderes, intereses generales a la realidad. En el derecho administrativo constitucional, en el derecho administrativo del Estado social y democrático de derecho, el interés general no puede ser, de ninguna manera, un concepto abstracto, intelectual desde el que se justifique cualquier tipo de actuación administrativa. En otras palabras, la simple apelación genérica al interés general no legitima

la actuación administrativa, ni al Estado mismo. Ni tampoco, la apelación genérica al interés general no legitima la actuación administrativa. Esta, precisa, para actuar en el marco del Estado social y democrático de derecho, de una razonable proyección concreta sobre la realidad, en virtud de normas —o de sistemas de gobierno— que den seguridad, pertenencia, a un estado de derecho cierto y eficaz.<sup>6</sup> Por ello, el encuentro de una tesis que dé pertinencia al Estado federal mexicano es un gran acierto por parte de Jorge Carpizo. Aspectos que enseguida desarrollaremos, dividiendo nuestro trabajo, desde el punto de vista metodológico, en dos partes.

## II. PRIMERA PARTE. BASE DOGMÁTICA

### 1. *Sistema federal mexicano vs. sistema central mexicano*

Carpizo encontró, en su estudio sobre este tema dos antinomias: el orden jurídico mexicano trató de construir un sistema central para el Estado federal. Esto es comprensible en virtud de que, tanto el Estado federal como el Estado unitario comparten características comunes y por lo mismo, es posible encontrar en el Estado federal, un sistema de gobierno central, e incluso, encontrar en un Estado unitario un sistema federal que lo gobierne.

De esos aspectos históricos ya da cuenta la doctrina, en la pluma de Carré de Malberg, al mencionar tres particularidades comunes a ambos conceptos:

- a) En primer lugar, el Estado federal se presenta como Estado unitario por cuanto posee en propiedad un territorio que, aunque está repartido entre varios Estados particulares, forma, por lo que al ejercicio de la competencia federal se refiere, y en la medida de esta competencia, un territorio estatal único, sometido a una única potestad y, además directa potestad. Se presenta igualmente como Estado unitario, por cuanto tiene por miembros a individuos que, aunque se hallen repartidos entre diversos Estados particulares, son sus propios súbditos y forman, desde el punto de vista de la competencia federal, un cuerpo nacional único, sometido además a su potestad única y directa.

<sup>6</sup> Rodríguez-Arana, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de bienestar*, Madrid, Iustel, 2012, p. 31.

- b) Se asemeja también al Estado unitario en que, para todo aquello que es de su competencia, ejerce su potestad de Estado sobre todas las colectividades inferiores que contiene en sí, comprendidos los Estados particulares.
- c) Finalmente, el Estado federal se parece a un Estado unitario en lo que se refiere a sus órganos centrales. En efecto, aunque los Estados particulares concurren a la formación de esos órganos centrales, ya sea proporcionando sus elementos de composición o de nombramiento, o bien contribuyendo con sus propias leyes a fijar las reglas relativas a su nombramiento, los órganos de esta clase no son destinados a expresar las voluntades particulares de los Estados miembros, sino que en verdad realizan la unidad de voluntad del Estado federal, como también realizan en él una verdadera unidad orgánica.

Atendiendo a las características comunes mencionadas, la primera “lucha” académica que nuestro autor tuvo en la creación de su nuevo concepto jurídico, lo fue el deslinde metodológico, entre los conceptos Estado federal mexicano y sistema centralista mexicano. Las conexiones entre ambos son evidentes pero, como arriba se ha apuntado, son de difícil separación.

En el siglo XX, nos dice Jorge Carpizo que, fue un dilema y una preocupación constante para el pueblo mexicano por establecer o un sistema federal o un sistema centralista. Para ello hubo necesidad de vivir graves disturbios militares, golpes de Estado, guerras civiles e incluso luchar contra fuerzas militares europeas que trataron inútilmente de establecer en México un Imperio.

El concepto de Estado federal, para los liberarles, era una bandera ideológica que lograron plasmar en las páginas de las Constituciones anteriores a 1917. Le faltaba contenido al concepto anterior. La historia, las necesidades y la realidad, han conformado un sistema federal mexicano, que trata de ser un instrumento útil en el México actual y elemento de equilibrio, a veces de muralla, a las corrientes centralizadoras que todos los países del mundo, en la segunda mitad del siglo XX, confrontan, y que son las mismas que operan en nuestro país.

Pero este asentamiento del federalismo en nuestro país, no ha sido fácil y no lo es aún, en opinión de Jorge Carpizo. En su libro *La Constitución mexicana de 1917*, nos presenta la afirmación de que: desde 1828 a la década actual del siglo XX, el Anáhuac ha vivido realmente, no el sistema federal, sino un centralismo, atemperado en ocasiones y recrudescido en otras.

Nos sirve como dato para tan rotunda afirmación el siguiente: los gobernadores generalmente son designados por la voluntad del presidente

de la República o por la oligarquía en el poder, a su vez los gobernadores nombran a los diputados locales a su libre arbitrio, y la autonomía de los poderes judiciales locales no existe, ya que los gobernadores son verdaderos reyecitos en sus Estados.<sup>7</sup>

Todo lo anterior conforma un cuadro adverso para el federalismo mexicano, y a favor de las notas características de un sistema centralista. Pese a tales circunstancias, Carpizo afirma que, además del concepto de Estado federal mexicano existen notas distintivas que impiden la existencia de un Estado centralista. Y esas notas conforman las peculiaridades de un sistema federal que arropa al concepto de Estado federal mexicano. De ahí la importancia del concepto que ahora estudiamos.

En buena parte, la Constitución se vio avasallada por nuestro presidencialismo y por haberse dejado a un lado el sistema presidencial que la norma establece con sus correspondientes controles. La mejor prueba de la anterior afirmación consiste en cómo ha cambiado el proceso del poder en los últimos años, sin que la norma haya sido alterada en esos aspectos.<sup>8</sup>

No desconocemos que en las últimas décadas elementos centralizadores se han incrustado en la estructura federal y la han venido modificando, que nuestro sistema se encuentra entre dos extremos que luchan: una idea y una realidad, y de su confrontación e influencia se conforma, delimita y circunscribe el régimen federal de gobierno.

## 2. *La naturaleza jurídica del sistema federal: descentralización política activa*

Ya hemos dicho que una de las características del Estado federal consiste en el encuentro y la concurrencia sobre el mismo territorio de dos potestades distintas, la del Estado federal mismo y la de los Estados particulares que dicho Estado federal lleva en sí. Esta circunstancia contradictoria, de acuerdo con la teoría del Estado soberano descansa, en opinión de Carré de Malberg sobre la idea de la igualdad de derecho de los Estados. Por lo tanto no concibe al Estado sino dotado de una potestad suprema que implique su entera independencia, y resista a todo concepto de subordinación jerárquica entre Estados.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 2000, p. 238.

<sup>8</sup> Carpizo, Jorge, “Propuestas de modificaciones constitucionales en el marco de la denominada reforma del estado”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, t. XI, p. 350

<sup>9</sup> Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, cit., p. 99.

Esta contradictoria, difícil y compleja circunstancia política, en el contexto de la normatividad constitucional, Carpizo la explica así para asentar la base de su nuevo concepto: de acuerdo con el artículo 115, los Estados deben organizarse, es decir crear su propio sistema de gobierno en el entramado federal que es republicano, representativo y popular. Su anterior afirmación la sustenta de la siguiente forma:

La naturaleza jurídica del Estado federal mexicano se encuentra establecida en los artículos 40 y 41 de la ley suprema del país.

Según el artículo 40 el sistema federal en México es una decisión fundamental del orden jurídico del Anáhuac, es una de sus columnas, es parte de la esencia de la organización política. El Estado federal, afirma este artículo, está compuesto 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”.

Y el artículo 41 dice que el:

Pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los últimos términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Es decir, según los dos preceptos citados, el Estado federal en México está compuesto por la federación y los estados miembros, y cada uno de ellos es soberano dentro de su competencia. Los estados miembros son instancia decisoria suprema —según la terminología de Heller— en lo referente a su régimen interior, misma característica que posee la Federación. De esta manera, las partes y el todo, conjugándose en un accionar múltiple y recíproco, viven y conviven, mediante una descentralización política activa dentro de los conceptos Estado federal y sistema federal; pero esa descentralización política requiere de un sistema que les dé unidad y pertinencia. Aspecto éste que nos lo proporciona la tesis de Carpizo.

### *3. Naturaleza social del federalismo en general: un sistema adaptativo complejo*

Ciertamente la descentralización política federalista toma en cuenta que los Estados pueden organizarse internamente de acuerdo con bases constitucionales establecidas, cada uno de dichos estados lo pueden realizar de manera diferente pero bajo un concepto federal, creándose de esta ma-



nera un conjunto de subsistemas estatales que pueden denominarse de manera general, bajo el concepto de Jorge Carpizo, como sistema federal mexicano. Dicho concepto lo detallamos de la manera siguiente, dentro de la teoría de los subsistemas, en que poseen un conjunto de verdades pero que dichas verdades se someten de manera sistemática a una arquitectura científica que nos produce la impresión de un todo perfectamente ordenado.<sup>10</sup>

En los tiempos actuales se ha desarrollado la tesis federalista del sistema o de los subsistemas, según corresponda, que ve al federalismo como un gran sistema social. Esta tesis afirma que todos los seres vivos, tanto biológicos como sociales, son sistemas adaptativos complejos. Sistemas, porque están formados por partes, o subsistemas, interrelacionados e interdependientes, que interactúan entre sí dependiendo de lo que el entorno demanda en un momento dado. Adaptativos, porque esas relaciones entre los subsistemas tienen que buscar siempre una respuesta adecuada, y oportuna, a las nuevas condiciones del ambiente externo. Complejos, porque tienen que desarrollar el grado de flexibilidad necesario para sobrevivir.

El federalismo permite conciliar la necesidad de establecer ciertos parámetros que den consistencia, como la de generar una capacidad de respuesta rápida a las condiciones cambiantes del entorno, y a los retos que presentan. Esto va muy de la mano con el enfoque que ve a la organización jurídica federal como un sistema adaptativo complejo, que debe interactuar con ese entorno de que forma parte, y llevar a cabo los ajustes que requieran las nuevas condiciones que se dan en él de manera constante. Si dicho proceso de adaptación no se realizara, el sistema, en este caso la organización mencionada, no podría sobrevivir.

#### 4. *La importancia dogmática del hallazgo de Carpizo*

La importancia de ese hallazgo reside en que el concepto de federalismo, y en particular del federalismo mexicano, puede ser diverso, e incluso, con ciertas notas contradictorias en su aplicación, pues en algunos casos puede presentarse como Estado unitario, centralista, y en la práctica poseer elementos en su aplicación característicos de un Estado federal, y al contrario, puede autodefinirse como Estado federal, y en la práctica, vivir su gobierno y su administración, con políticas estrictamente centralistas.

<sup>10</sup> Cisneros Farías, Germán, *La interpretación sistémica del derecho*, México, Porrúa, 2008, p. 27.

Esto lo entendió perfectamente Jorge Carpizo. Sin duda alguna, en sus múltiples viajes y estudios en diversos países europeos, y muy señaladamente, en países hermanos de América Latina, vio de cerca y con su ojo académico, observó estas agudas contradicciones en la vivencia y aplicación del Estado federal o de un Estado unitario.

Desde esta perspectiva, el concepto de Estado federal mexicano tiene varias características que ahora señalamos, y que por el hecho de tenerlas de manera expresa en su texto constitucional, no significa que de manera automática se presente, se viva y se aplique en plenitud su concepto de Estado federal.

Efectivamente, tal como la doctrina lo señala, el Estado federal mexicano posee las siguientes notas distintivas, con sus respectivas bases constitucionales:

- a) La supremacía constitucional (artículo 133).
- b) La cláusula residual (artículo 124).
- c) La separación del poder, y la cláusula prohibitiva de la posible fusión del poder, excepto en casos de seguridad, salubridad y comercio internacional (artículos 49, 29 y 131).
- d) La penetrabilidad de la separación del poder en el régimen de gobierno de las entidades federativas (artículos 41 y 115), y la penetrabilidad de la cláusula prohibitiva de fusión del poder, en el régimen de gobierno de las entidades federativas hasta el gobierno municipal (artículos 116 y 115).
- e) La cláusula de territorialidad del Estado federal (artículos 42, 43, 44 y 73 fracción III).

Tales notas distintivas no fueron de la completa satisfacción conceptual de Jorge Carpizo, pues la historia nos consigna el hecho de que, cada una de ellas pueden o no aplicarse en el Estado federal, constituyéndose de tal modo en vacíos peligrosos para dicho concepto. Por ello, desde mi particular opinión, Carpizo creó un concepto conexo al Estado federal mexicano bajo el rubro de sistema federal de gobierno.

Lo anterior puede sonar como un juego de vocablos jurídicos o de palabras sin sentido alguno. No lo es. Jorge Carpizo nos dio los contenidos necesarios de tales características, y de otras, para entregarnos en su conjunto, un concepto de sistema federal de gobierno.

La explicación teórica de este hallazgo conceptual, puede ser la siguiente:

Cualquier unidad científica o concepto se percibe como un todo aparentemente homogéneo —ciertamente hacia el exterior—, pero hacia el interior, está compuesto de partes o estructuras básicas que no son fácilmente escindibles la una de las otras. No se pueden literalmente separar, por esta circunstancia los conceptos federalismo y sistema federal de gobierno se observan con grandes similitudes, que —esta es la gran contribución de Carpizo—, logró, didácticamente separar, explicar y darle el peso conceptual correspondiente al sistema federal de gobierno.

En varios de sus trabajos sobre temas constitucionales, federalismo, presidencialismo mexicano, democracias y sistema de gobierno en América Latina, Carpizo “lucha”, debate, delimita en torno a las circunstancias históricas que dieron lugar al sistema federal de gobierno. Respecto a las tres interpretaciones que la doctrina enumera en torno a este tema, como circunstancias que contribuyeron a la creación del federalismo mexicano, nuestro autor llega a una conclusión determinante: el sistema federal fue una necesidad que sirvió para unir lo que estaba desunido. Los hechos por él narrados son la base del sistema federal de gobierno, que fue una urgente necesidad y realmente sirvió para unir lo que se estaba desunido. Es decir, en México, el régimen federal no fue una solución de gabinete, teórica, irreal, sino que fue el anhelo de las provincias, por el que lucharon y triunfaron, pues su separación geográfica e histórica era —siempre lo fue— peligrosa ante los embates de fuerzas bélicas del extranjero.

##### *5. La defensa del sistema federal de gobierno viable y eficaz*

El concepto de sistema de gobierno federal que propone Carpizo, está unido a diferentes “cadenas” constitucionales, por ello resulta indispensable conocer los mecanismos de defensa de dicho sistema. Aspecto que ahora desarrollamos.

Para asegurar la supremacía de la Constitución federal se ha creado la jurisdicción constitucional para impedir que los poderes constituidos rebasen la competencia y atribuciones que expresamente les señala la propia Constitución. Este sistema jurisdiccional es el que se han dado las sociedades más avanzadas, aunque ciertamente aceptamos que no es la panacea absoluta, pues como ley humana tiene sus deficiencias.

Una Constitución puede ser revisada, actualizada y defendida por un órgano legislativo, que la doctrina denomina órgano revisor, y también lo puede ser por un Tribunal Constitucional.

Carpizo, en defensa de las funciones del Tribunal Constitucional, y del acotamiento del órgano revisor nos dice: mientras la función primordial del Tribunal es la defensa de la Constitución, controlando la constitucionalidad de normas y actos de los poderes constituidos secundarios, así como sus conflictos, su decisión debe desprenderse de una interpretación correcta o adecuada de la Constitución; en cambio, la función del órgano revisor es actualizar la propia obra del poder constituyente, alterando, reformando o adicionando a la Constitución, creando algo nuevo aunque no tenga antecedentes en ese orden jurídico. Desde luego, alterar, reformar o adicionar es algo completamente distinto de sustituir o destruir.<sup>11</sup>

Mientras las decisiones del Tribunal constitucional deben ser argumentadas como en cualquier otra sentencia, y además respetar el desarrollo lógico de aquélla, el órgano de revisión no necesita argumentar la reforma como si se tratara de una sentencia, aunque generalmente se exponen las razones de esta en los debates legislativos y existe una exposición de motivos. Diferente es la argumentación judicial de una exposición de motivos, la primera es esencialmente de carácter jurídico; la segunda, de conveniencia política.

Mientras el Tribunal no puede alternar ningún aspecto concerniente al órgano revisor, este puede modificar la estructura, competencias e integración del Tribunal, así como el procedimiento de lección de sus miembros.<sup>12</sup>

Así, un sistema de gobierno puede ser alterado por el órgano revisor, pero ya establecido le corresponde al Tribunal constitucional vigilar su eficacia; por ello Carpizo insiste, en que mientras el Tribunal es el órgano encargado fundamentalmente para controlar las normas y actos de los poderes constituidos y dirimir las controversias entre ellos, el órgano revisor decide qué permanece y qué se altera en la propia Constitución para adaptarla a una realidad sociopolítica cambiante, aunque su labor tiene que estar subordinada a la ley fundamental.

<sup>11</sup> Carpizo, Jorge, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Perú, Editora Jurídica Grijley, 2009, pp. 35 y 36.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 36

### III. SEGUNDA PARTE. BASE ORGÁNICA

1. *¿Es posible el control orgánico del Estado, incluyendo al Estado federal, para establecer su viabilidad o eficacia?*

No hay duda de que el concepto de Estado federal, en la época contemporánea, se ha desdibujado en cada uno de sus elementos y de sus funciones, de tal manera que, sin que sea ese el propósito, el Estado mismo ha perdido la esencia para la que fue creado, por ello se escucha en la doctrina la epifanía de su desaparición. De ahí el cuestionamiento sobre el control de su eficacia y pertinencia en los tiempos actuales. Este control orgánico puede darse de la siguiente forma:

*A. Mediante la Constitución*

Para llegar a esta forma de control del concepto mencionado, la doctrina ha propuesto diferentes concepciones de tan importante institución, siendo las siguientes: la organicista, en donde el individuo como tal ha perdido su razón de ser, integrándose en un “cuerpo”, en que el todo tiene prioridad sobre las partes; la iusnaturalista, que sitúa al individuo por delante del Estado y que se caracteriza en que el Estado es una suma de individuos que se crea para que cuide los intereses particulares, impidiéndole, como regla básica la no intervención en las circunstancias o derechos humanos; la normativista en cambio, propuesta por la Escuela de Viena, sostiene que el Estado debe reducirse a un normativismo jurídico, a una mera abstracción, en donde el vértice de la pirámide normativa es la Constitución.

De esta manera, la posición normativista encontró, poco a poco, acomodo en un tipo de Estado que le fuese propicio para su idea conceptual en que la Constitución esté en la cúspide de tal pirámide, siendo el Estado liberal el tipo adecuado para aceptar a la Constitución, como el medio de control más adecuado a tal estructura normativista. En opinión de Gil Ibáñez, se suele mostrar tres principales modelos de Estado liberal: el inglés, basado en la idea de tolerancia y reflejo de los intereses de las clases comerciales; el norteamericano, que presenta algunas peculiaridades debidas a circunstancias históricas, geográficas y socioeconómicas específicas, y el francés, construido sobre la base de la Revolución de 1789, en el que se plantea los grandes problemas, como la doctrina de los derechos

humanos, la limitación del poder político, la nación o la representación política, que van a caracterizar el Estado liberal.<sup>13</sup>

Así la Constitución, o mejor dicho las Constituciones corrieron la suerte de la estructura normativista a la cual servían. El Estado liberal, que se había limitado a salvaguardar la base de dicha sociedad, de la propiedad privada y a fijar las normas generales que debían regular las relaciones entre los sujetos, sin inmiscuirse en el funcionamiento de la economía y de la sociedad, era incapaz de hacer frente y resolver los nuevos problemas que surgían.

La crisis del Estado liberal supuso un proceso de gradual intervención del sector público en los procesos económicos privados y la aparición de otros grupos enfrentados por el poder político, como los sindicatos y los partidos. De esta manera la crisis en que el Estado liberal entró sin poder resolver sus agudos problemas, también le fueron trasvasados a su estructura normativa entre ellas a la Constitución. De esta manera la Constitución o las Constituciones de los Estados liberales también entraron en crisis, ampliando sus horizontes hacia un Estado social o Estado de derecho tal como ha acontecido en diversas instituciones europeas entre ellas la alemana y la española.

### B. *Mediante el control del poder*

Los problemas históricos del Estado liberal se han resuelto, según la doctrina, con la elaboración de un Estado (social y democrático) de derecho. Intencionalmente hemos puesto un paréntesis en el complemento del Estado de derecho, para despejar los conceptos social y democrático en su oportunidad.

Lo que se trata ahora es de observar el comportamiento del Estado de derecho ante sus dos circunstancias esenciales, esto es el Estado social y el Estado democrático; es decir, el Estado por sí solo, tiene dos agudas preocupaciones de cuya respuesta adecuada, depende para su supervivencia conceptual: un sistema político (partidos políticos) formado en la democracia. Lamentablemente en los tiempos actuales, dichos complementos del Estado también han entrado en crisis ambos, el llamado Estado social y democrático. Se apuntan como factores de tal crisis los siguientes aspectos: la ingobernabilidad, la privatización de lo público, los grupos fácticos de poder y el gobierno real de los partidos políticos, en suma, el poder en su más aguda representación.

<sup>13</sup> Gil Ibáñez, J. L., "El Estado, el Estado liberal", *Enciclopedia Jurídica*, Madrid, La Ley, 2008-2009, vol. 9, p. 5233.

¿Qué hacer ante tales debilitamientos del Estado? La preocupación que la doctrina ahora tiene no se refiere a controlar los sistemas políticos y la democracia, sino el factor central que los une, esto es el poder. Debemos recordar que el poder —la soberanía— constituye uno de los tres elementos esenciales del Estado, junto con el territorio y la población. De esta manera, la doctrina regresa al análisis histórico de los caminos recorridos por el Estado en su formación. Dicho de otra manera: siendo el poder o la soberanía un atributo esencial del Estado en cuanto a la potestad absoluta, perpetua, originaria, independiente del mismo, ahora nos tenemos que preguntar: ¿cómo controlar el poder, diseccionado éste entre los órganos u organismos del poder? Vistos así, nos dice Diego Valadés:<sup>14</sup> dado que el poder no es autosubsistente, sino que requiere de legitimación, y ésta la proporciona la norma, su entrelazamiento está fuera de cualquier duda, por ello los instrumentos constitucionales para el control del poder adquieren una importancia central en lo que concierne al ejercicio racional del poder y la preservación de la norma suprema. Desde este horizonte, es decir, controlando la soberanía o el poder interno de cada Estado, mediante instrumentos normativos, se puede controlar también el concepto del Estado mismo, por supuesto en un país determinado, atendiendo a sus circunstancias históricas, geográficas y políticas que le sean particulares. He aquí la idea que queremos. El poder se puede controlar con el poder del derecho. Es decir, podemos establecer de manera paralela un control del poder al concepto Estado federal, para que éste —en equilibrio permanente— no pierda su sentido primigenio.

### C. *Mediante la estabilidad del poder*

En el mismo sentido —el control del poder, mediante su estabilidad—, Lipset planteó que la estabilidad de un sistema democrático depende, además del desarrollo económico, de la eficacia y la legitimidad de las instituciones políticas. Con relación a la eficacia apunta su carácter instrumental y subraya que “una democracia estable requiere una tensión relativamente moderada entre las fuerzas políticas en pugna. Y la moderación política está facilitada por la capacidad del sistema para resolver los problemas clave de desarmonía antes de que surjan otros nuevos”.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Valadés, D., *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 130

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 186.

Como es comprensible, Lipset alude a tensiones y entendimientos de naturaleza estrictamente política. Esos fenómenos se pueden dar y se dan en espacios políticos no regulados, pero también pueden producirse como parte del funcionamiento normal de los sistemas institucionalizados de control. Es el caso de las facultades de control político que ejercen los congresos frente a los órganos de gobierno, insiste Valadés.

De acuerdo con lo anterior, podemos entender al control orgánico como el conjunto de instrumentos jurídicos y políticos que permiten mantener el equilibrio de las instituciones para evitar que se desvíen de las atribuciones constitucionales que les corresponden, pero sin afectar sus niveles de efectividad.<sup>16</sup> Es decir, mediante instrumentos jurídicos y políticos, que en su conjunto den estabilidad al Estado federal.

## 2. *La democracia: fundamento de un sistema de buen gobierno y sistema de vida*

En este tema Carpizo toma el uso de la palabra, para definirla:

La democracia es fenómeno dinámico y expansivo. Las sociedades actuales se desarrollan a velocidad nunca antes vista, los avances científicos y tecnológicos benefician grandemente y presentan nuevos peligros a las libertades. Problemas que realmente no lo eran unas cuantas décadas o años atrás, ahora hay que enfrentarlos y resolverlos, cuidando el respeto a los derechos de las personas. Los sistemas democráticos, para hacer frente a nuevas realidades, tienen que legislar y precisar cuestiones novedosas, o que no presentaban mayores dificultades con anterioridad, pero que se convirtieron en peligrosos potenciales para la propia democracia y las libertades de las personas.

La democracia presupone un orden jurídico, una Constitución y un Estado de derecho que garanticen las libertades y los derechos fundamentales de las personas.

La democracia es el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias propias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales —el interés general— que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>17</sup> Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, 2007, pp. 99-101.



### A. *La democracia y el interés general*

¿A quién compete determinar el contenido del interés general? ¿Cuál es el órgano o poder encargado en cada momento de definir el interés general? Esta pregunta nos la formula el profesor Guillermo Muñoz y ciertamente no es sencilla. Desde un punto de vista sustancial, el interés general como tarea suprema del Estado reside en la centralidad de la dignidad del ser humano. El Estado como institución tiene sentido en la medida en que las personas se desarrollen libre y solidariamente como tales. Desde esta perspectiva el interés general hace referencia a la función básica del Estado que es la mejora de las condiciones de vida de los habitantes, especialmente en lo que se refiere al disfrute de todos y cada uno de los derechos fundamentales de las personas. Desde un enfoque normativo, el interés general, ha de estar formulado de alguna manera en la Constitución, que es la fuente de las fuentes del ordenamiento jurídico. Las leyes que desarrollan la Constitución es obvio que tratarán sobre cuestiones atinentes a la dimensión supraindividual y, finalmente, las normas y los actos administrativos han de ser, cada uno en su ámbito, reflejos o resplandores del propio interés general, en su versión concreta, en cuanto a la ordenación de una materia o en cuanto a la pura aplicación o ejecución a un caso determinado.<sup>18</sup> Desde esta perspectiva el Estado federal se entiende, según lo que de él dice la Constitución, pero también lo que su pueblo quiere, en el escenario de libertades en que desea desarrollar su condición humana, es también lo que la voluntad colectiva quiere vivir, para ello democráticamente decide su destino, su proyecto de vida. De ahí la importancia de la democracia en la construcción de un sistema de gobierno.

### B. *La democracia mexicana y la vocación democrática del hombre*

Escasas Constituciones en el mundo occidental mencionan la importancia de la democracia en sus instituciones políticas. El caso mexicano, se nos ha dicho —en diferentes espacios académicos—, es digno de una investigación más acuciosa y comparativa al respecto. Efectivamente, el Estado federal mexicano, resalta tres aspectos relevantes, entre otros, sobre la democracia en su Constitución.

<sup>18</sup> Rodríguez-Arana, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de bienestar*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 153 y 154

- 1) Se constituye como una República representativa, *democrática*, laica, federal...<sup>19</sup>
- 2) El Estado federal organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez... al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.<sup>20</sup>
- 3) La consideración constitucional de la democracia como un sistema de vida, para los habitantes de la República federal mexicana, fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo, más que considerarla como una estructura jurídica y un régimen político.<sup>21</sup>

Puntualizamos lo anterior, en virtud de que los principios que a continuación enumeraremos, respecto al sistema de gobierno —para todos los Estados modernos—, pero en particular para el Estado mexicano, deben estar impregnados en sus instituciones democráticas, en su planeación democrática, en su forma y sistema de vida democrático, en suma, en una república o Estado democrático.

Lo arriba señalado no debe tomarse como un discurso conceptual sino como el reflejo de la vida institucional de un Estado moderno que se da a sí mismo, sus propias instituciones y su forma o sistema de gobierno. De un Estado moderno que respeta la vocación democrática del hombre, del ser humano que por su propia naturaleza está abierto constitutivamente, tal como lo afirma Agustín Basave:<sup>22</sup> a las cosas y a los demás hombres. Y

<sup>19</sup> Art. 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, 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.

<sup>20</sup> Art. 26. A. El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.

<sup>21</sup> Art. 3. II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. Además: a) Será democrático, considerando a la democracia 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 de pueblo.

<sup>22</sup> Basave Fernández del Valle, Agustín, *Teoría de la democracia. Fundamentos de filosofía democrática*, JUS, 1988, Capítulo I, Fundamentación Ontológica de la Democracia.

esta apertura no es nada accidental que se le agrega al ser humano desde fuera. Es en la misma estructura ontológica del hombre donde encontramos este carácter esencial de “estar abierto”. Somos seres “con” las cosas y “con” los prójimos. Estamos enfrentándonos, constantemente, con hombres y con objetos. Estamos determinados radicalmente, insiste Agustín Basave, a la convivencia y a la sociabilidad. La “apertura” ontológica de nuestro ser finito pone de manifiesto nuestro desamparo ontológico y nuestro afán de subsistencia. Porque somos convivientes, proyectamos y realizamos actos comunes. Y si somos co-seres que co-actúan, somos también, de modo radical, co-responsables. Como convivientes existimos, en gran medida, “por” y “para” otros. Las cosas son simples instancias, recursos o resistencias. Los hombres son prójimos (próximos). La referencia del hombre a las cosas es enteramente diversa de su relación con los otros hombres. Manejamos las cosas y dialogamos.<sup>23</sup>

Todo hombre se encuentra implantado o puesto en un mundo dentro del cual ha de actuar y ante el cual ha de ser responsable, y nosotros decimos, nos comportamos como un sistema de hombres, pues desde que nacemos nos encontramos ligados con la comunidad. Por nuestra carne, por nuestra sangre y hasta por nuestra alma estamos vinculados con la colectividad: familia, municipio, nación, humanidad... Por una parte sentimos una vigorosa tendencia a desarrollar nuestra propia personalidad; por otra, poseemos un fuerte instinto comunitario.<sup>24</sup>

Desde esta perspectiva, es necesario puntualizar los horizontes constitucionales de la democracia, pues mal entendida ésta, sin un sentido espiritual y de cabal respeto a nuestra condición humana, puede llevarnos al extremo del gobierno de la plebe o de la olocracia, anunciada y temida por Polibio. En fin somos (tenemos) el gobierno que queremos.

### 3. *Las entidades federativas como instancias decisorias supremas, en su organización o sistema de gobierno*

En el capítulo cuarto de sus *Estudios constitucionales*, bajo el rubro: *Sistema federal mexicano*, Jorge Carpizo construye las bases que nos han permitido conocer el concepto de sistema federal de gobierno mexicano. En el apartado número 3 de dicho capítulo: *Naturaleza jurídica del sistema federal según la Constitución de 1917*, nos presenta los principios del Estado

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> *Idem.*

federal mexicano que nos permita en su oportunidad, hilvanar nuestro concepto.

Le damos énfasis ahora a las facultades de las partes integrantes de la federación pues al despejar las competencias respectivas, entenderemos a cabalidad el concepto de sistema federal de gobierno que nos propone.

De acuerdo con Jorge Carpizo, el Estado federal posee los siguientes principios que le son aplicables al sistema federal de gobierno mexicano:<sup>25</sup>

- 1) Existe una división de la soberanía entre la federación y las entidades federativas, estas últimas son instancia decisoria suprema dentro de su competencia, facilitándoles los medios para una organización estatal eficaz.
- 2) Entre la federación y las entidades federativas existe coincidencia de decisiones fundamentales.
- 3) Las entidades federativas se dan libremente su propia Constitución en la que organizan la estructura del gobierno, pero sin contravenir el pacto federal inscrito en la Constitución general, que es la unidad del Estado federal.
- 4) Existe una clara y diáfana división de competencias entre la Federación y las entidades federativas: todo aquello que no esté expresamente atribuido a la federación es competencia de las entidades federativas.

Esos preceptos precisan la naturaleza jurídica del Estado federal en México y, aunque claros a primera vista, plantean una serie de problemas e interrogantes. Ellos no son, dentro de la ley fundamental, los únicos artículos que se preocupan por el Estado federal; hay otros, algunos de señalada importancia como el 122 y la fracción V del 76.

Examinemos con algún detalle los anteriores principios, bajo la afirmación de que las entidades federativas son instancias supremas en cuanto a su gobierno interior.

El primero: existe una partición de la soberanía entre la federación y las entidades federativas, ya que estas últimas son libres y soberanas en lo relativo a su régimen interior.

Que las entidades federativas son libres y soberanas es una idea que proviene de los orígenes del federalismo mexicano. Prisciliano Sánchez en su obra el *Pacto Federal del Anáhuac*, del 28 de junio de 1823, se refirió

<sup>25</sup> Carpizo Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 91 y ss.

a las entidades federativas como soberanas e independientes en todo lo relativo a su régimen interior. Pensamiento que coincide con el que siguieron los Estados que se declararon, en ese año, libres y soberanos.

El artículo sexto del Acta Constitutiva de 1824 sostuvo que la Federación está integrada por “Estados independientes, libres y soberanos, en lo que exclusivamente toque a su administración y gobierno interior...”, pero en la Constitución de ese mismo año ya no encontramos declaración semejante.

De la Constitución de 1857 proviene nuestro actual artículo 40, ya que pasó en forma íntegra a la de 1917. Tanto en 1856 como en 1916 este artículo motivó debates sobre puntos secundarios que en nada afectaron su estructura. Respecto a la idea de que los Estados son libres y soberanos nadie realizó ninguna objeción.

Por otro lado, la tesis anterior como explicación y definición de qué es el Estado federal mexicano no es correcta, pues se basa en la idea de que existen dos gobiernos completamente separados y casi independientes que son cosoberanos; es decir, una parte de la soberanía corresponde a la federación y la otra, a las entidades federativas.

Siempre hemos creído que las palabras no correspondieron al pensamiento: no se quiso —cuando menos por la mayoría de los pensadores, constituyentes y políticos de aquel entonces— atribuir soberanía a las entidades federativas. Así, Prisciliano Sánchez aclaró que: “No se separan las provincias para ser otras tantas naciones independientes en lo absoluto: ninguna ha pensado en semejante delirio...”.

Lo que aconteció fue que existió una verdadera confusión terminológica y como no se precisaba con exactitud cuál es la naturaleza del Estado federal, se incurrió, si se examina el precepto número 40 con el monóculo de un hombre del siglo XX, en una serie de errores. Quizá fue un descuido del constituyente de 1917 haber dejado pasar ese precepto, tal y como había sido redactado en 1857, pero es explicable, pues todos sentían una misma línea respecto al Estado federal, aunque teóricamente no lo pudieron precisar.

Por nuestra parte, atendiendo a la opinión de Jorge Carpizo afirmamos que, en el Estado federal mexicano se establece de manera plena la soberanía, en tanto en las entidades federativas se establece la autonomía constitucional, como parte de un sistema de gobierno.

El segundo principio o característica esencial del sistema federal mexicano es, como hemos dicho, que entre la federación y las entidades federativas existen coincidencia e igualdad de decisiones jurídico políticas fundamentales, principio que se deriva de los artículos 40 y 115 constitucionales.

La idea anterior marca y determina una especie de Estado federal, con lo que queremos decir, que no existe una sola idea de Estado federal, sino que en la actualidad existen Estados federales, pero también sistemas federales.

Han existido, y aún existen, Estados federales en los cuales entre la federación y las entidades federativas no hay coincidencia de decisiones fundamentales.

Desde el punto de vista examinado se puede afirmar que no existe un sistema federal sino sistemas federales, regímenes con diferencias muy importantes, pero que tienen una nota en común: cierto grado de descentralización política que permite la originalidad en sus formas de vida política y social. Ciertamente existen sistemas federales pero que —¡oh hermoso producto de la democracia!— se alinean en un propósito político federal, de vivir tal federalismo en un sistema de gobierno que haga eficaz dicho Estado federal.

El tercer principio de Estado federal mexicano es que cada entidad federativa se da a sí misma su Constitución. Esta es la idea de autonomía que es muy diferente de la soberanía. Mientras, desde el punto de vista jurídico, soberanía es poder supremo, ilimitado; autonomía implica un poder jurídico limitado, se tiene un franja de actuación libre, y al mismo tiempo, un campo que jurídicamente no se debe traspasar. Las entidades federativas son autónomas, pero están limitadas por la Constitución del Estado federal, sin embargo, en su esfera de competencia, pueden organizarse con libertad, siempre que respeten los lineamientos que les marca la ley fundamental.

Después de haber despejado las posibles contradicciones entre los conceptos soberanía, independencia, y autonomía dentro del Estado federal mexicano Carpizo aborda el tema de la competencia entre el todo y la parte. Este espinoso tema lo deslinda de manera magistral mediante reglas que más abajo detallaremos. Por ahora, en la pertinencia de la construcción del sistema federal de gobierno mexicano arribaremos a tres conclusiones que son la base de la columna vertebral de la autonomía, como limitante del sistema federal mexicano, estriba en:

- I) Darse su Constitución, la cual es la base y fundamento de toda la legislación local.
- II) Reformar su propia Constitución, siguiendo las normas que ella misma señala.
- III) Seguir, con su reforma, en la dictadura del federalismo, pero bajo la pertinencia de un sistema de gobierno federal.

#### 4. *El espinoso tema de las competencias del Estado federal y del sistema federal mexicano*

Desde mi particular punto de vista, el deslinde que Jorge Carpizo hace en el tema de las facultades entre la federación y las entidades federativas, es uno de los pilares teóricos de mayor peso e importancia en la creación de su concepto sobre el sistema federal mexicano.

Dicho deslinde nos lo explica así:

Existen diversos sistemas para distribuir las competencias entre la federación y las entidades federativas. México, sigue el principio norteamericano en este aspecto: todo aquello que no está expresamente atribuido a las autoridades federales es competencia de la entidad federativa. La Constitución numera lo que los poderes de la Unión pueden hacer y, todo lo demás, es competencia de las entidades federativas.

El artículo 124 constitucional que enuncia el postulado anterior, difiere del norteamericano en que nuestro precepto aclara que las facultades federales tienen que estar expresamente señaladas. La palabra expresamente no aparece en el correspondiente artículo norteamericano, lo que es de especial importancia, como posteriormente examinamos.

Expuesta la regla anterior, parece que la distribución de competencias es asunto fácil y claro. Todo lo contrario, es espinoso y de difícil manejo.

Encontramos que la propia Constitución establece una serie de principios respecto al problema de la competencia en el Estado federal que se puede enunciar en la forma siguiente:

- a) Facultades atribuidas a la federación.
- b) Facultades atribuidas a las entidades federativas.
- c) Facultades prohibidas a la federación.
- d) Facultades prohibidas a las entidades federativas (hasta aquí la clasificación está inspirada en Bryce).
- e) Facultades coincidentes.
- f) Facultades coexistentes.
- g) Facultades de auxilio.
- h) Facultades que emanan de la jurisprudencia, ya sea reformado o adicionando la anterior clasificación.

Carpizo analiza con detalle las reglas asentadas. Y nos dice:

- a) La primera regla: las facultades atribuidas a la federación, lo que ésta puede realizar, se encuentran enunciadas de dos diversas maneras: *a)* en forma expresa: las atribuciones que se consignan en el artículo 73, y *b)* las prohibiciones que tienen las entidades federativas: artículos 117 y 118.

Las primeras 29 fracciones del artículo 73 son facultades expresas, es decir, que se delinear y se esclarecen en el propio artículo.

La última fracción del precepto establece las facultades implícitas que son aquellas “que el Poder legislativo puede concederse a sí mismo o a cualesquiera de los otros poderes federales como medio necesario para ejercitar alguna de las facultades explícitas”.

A su vez Tena Ramírez señala los requisitos indispensables para que sea posible el uso de las facultades implícitas que por ella sola sea posible ejercitarla, la relación de medio a fin entre una y la otra, el reconocimiento por el Congreso de la Unión de la necesidad de la facultad implícita y el otorgamiento de esta facultad por el Congreso al poder que de ella necesita.

Se debe aclarar que la fracción XXX del artículo 73 constitucional, no autoriza facultades nuevas sino facultades explícitas, es decir, facultades que hagan efectivas las atribuciones consignadas en las 29 fracciones anteriores que son las facultades expresas que la ley fundamental asigna al legislativo federal.

- b) La segunda regla: facultades atribuidas a las entidades federativas. De acuerdo con el artículo 124 todo lo que no corresponde a la federación es facultad de las entidades federativas salvo las prohibiciones que la misma Constitución establece para los estados miembros.

Sin embargo, la Constitución le atribuye a los Estados facultades que tienen más la naturaleza de obligaciones, en dos formas, *i)* expresa: se señala que los estados deben expedir alguna ley o realizar algún acto; por ejemplo: el segundo párrafo del artículo 4o. que dice: “La Ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo”, y el artículo 27, XVII, *g)* que dice: “Las Leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno”, y *ii)* aunque no se les da la facultad expresamente, ésta se presupone en la propia Constitución por ejemplo: darse su Constitución (artículo 41).



- c) La tercera regla: facultades prohibidas a la federación. Se puede pensar que resulta superfluo que la Constitución le niegue expresamente una facultad a la federación, si con el solo hecho de no otorgársela, se la está negando; sin embargo, se consigna esta norma en beneficio de la claridad y porque se considera tal prohibición de singular importancia. Así, el segundo párrafo del artículo 130 dice: “El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo cualquier religión”.
- d) La cuarta regla: facultades prohibidas a las entidades federativas. Estas prohibiciones pueden ser de dos clases: las absolutas y las relativas.

Prohibiciones absolutas son los actos que jamás pueden realizar las entidades federativas.

Prohibiciones relativas son los actos que en principio están prohibidos a los estados miembros, pero con la autorización del Congreso federal sí los pueden realizar.

El artículo 117 establece las prohibiciones absolutas. Su encabezado dice: “Los Estados no pueden en ningún caso...”.

En artículo 118 establece las prohibiciones relativas. Su encabezado dice: “(Los Estados) tampoco pueden, sin consentimiento del Congreso de la Unión...”.

- e) La quinta regla: facultades coincidentes, son aquellas que tanto la federación como las entidades federativas pueden realizar por disposición constitucional, y están establecidas en dos formas: i) una amplia y ii) una restringida.

La facultad coincidente se señala en la Constitución en forma amplia cuando no se faculta a la federación o a las entidades federativas a expedir las bases o un cierto criterio de división; por ejemplo: el último párrafo del artículo 18 indica que: “La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”.

La facultad se otorga en forma restringida cuando se confiere tanto a la federación como a las entidades federativas, pero se concede a una de ellas la atribución para fijar bases a un cierto criterio de división de esa facultad, podemos citar como ejemplo el artículo 3o. que dice: “La educación que imparte el Estado —Federación, Estados, Municipios— tenderá a...”, pero en la fracción VIII se establece: “El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la república, expedirá

las leyes necesarias, destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los Estados y los Municipios...” , tesis que se reitera en el artículo 73, fracción XXV.

- f) La sexta regla: las facultades coexistentes son aquellas que una parte de la misma facultad compete a la federación y la otra a las entidades federativas; por ejemplo, el artículo 73, fracción XVI, otorga al Congreso federal facultad para legislar sobre salubridad general y según la fracción XVII respecto a las vías generales de comunicación: es decir, que la salubridad local y las vías locales de comunicación son competencia de las legislaturas de las entidades federativas.
- g) La séptima regla: las facultades de auxilio son aquellas en que una autoridad ayuda o auxilia a otra por disposición constitucional. Por ejemplo, el párrafo introductorio del 130 dice: “Corresponde a los Poderes Federales ejercer, en materia de culto religioso y disciplina externa la intervención que designen las leyes. Las demás autoridades obrarán como auxiliares de la Federación”. En el mismo artículo se establece que para dedicar nuevos templos al culto religioso es indispensable permiso de la Secretaría de Gobernación, pero se debe oír previamente al gobernador del estado. Aquí, el gobernador está auxiliando a la secretaría mencionada.

También, dentro del mismo precepto hay el párrafo siguiente: “Las legislaturas de los Estados únicamente tendrán la facultad de determinar, según las necesidades locales, el número máximo de ministros de los cultos”. Según el párrafo introductorio, la legislatura local auxilia a la federación; sin embargo, ella actúa con completa libertad en este caso.

- h) Las reglas enunciadas pueden sufrir alteraciones a través de la jurisprudencia, ya que ella puede modificar el sentido de la disposición constitucional; por ejemplo, respecto a las facultades tributarias, si aplicamos el artículo 124 diremos que la federación solo puede imponer contribuciones en los aspectos que la propia Constitución le autoriza.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Suprema Corte acepta que el campo restante, desde el punto de vista tributario, es coincidente; es decir, que tanto la federación como las entidades federativas son competentes para establecer las restantes contribuciones.

### 5. *La defensa del sistema federal de gobierno mexicano*

Aceptemos que Carpizo ya ha construido un sistema de gobierno federal mexicano que da soporte, equilibrio y pertinencia al Estado federal mexicano, bajo las razones doctrinales que arriba hemos apuntado. Ahora falta saber si hay una defensa para dicho sistema. Carpizo lo desarrolla así, por supuesto, desde nuestro interés por encontrarle un nuevo sentido al Estado federal mexicano:

La garantía federal, o sea la protección que la federación debe otorgar a las entidades federativas, está consignada en el artículo 122, que establece dos hipótesis:

- a) Los poderes de la unión tienen la obligación de proteger a las entidades federativas contra toda invasión o violencia exterior, y
- b) La misma protección les otorgará la federación en los casos de sublevación o conflicto interior, si esta ayuda le es solicitada por la legislatura local o por el ejecutivo cuando el Congreso del estado no se encuentra reunido.

El artículo 122 está inspirado en la sección IV del artículo 4o. de la Constitución estadounidense: “Los Estados Unidos garantizan a cada Estado de esta Unión una forma republicana de gobierno y protegerán cada uno de ellos contra la invasión, y a pedido de la legislatura o del ejecutivo, cuando la legislatura no pueda ser convocada, contra la violencia doméstica”.

Notamos que las hipótesis que consagra el artículo estadounidense son tres: dos, que son las mismas que contienen el precepto mexicano, y una nueva hipótesis: se garantiza a las entidades federativas una forma republicana de gobierno.

Según la estructura del Estado federal estadounidense, la garantía de la forma republicana es esencial al sistema, y lo mismo podría pensarse en el caso de México, ya que de acuerdo con los artículos 40 y 115 existen identidad de decisiones fundamentales entre la federación y las entidades federativas, y una de éstas, es precisamente la forma republicana de gobierno.

Sin embargo, no se encuentra en nuestra Constitución expresamente la mencionada garantía.

El artículo 34 del acta constitutiva de 1824 expresó que la Constitución y la propia acta garantizan a las entidades federativas la forma de gobierno del acta, y a su vez los estados quedan comprometidos a soste-

ner el Estado federal. Tesis que pasó a la Constitución de 1824, ya que el acta fue parte de la misma, y la tesis fue confirmada en el artículo 161-I de la primera Constitución del México independiente.

Sin embargo, la garantía de la forma republicana fue suprimida en la Constitución de 1857 y es imposible conocer la razón de tal omisión, ya que el artículo en cuestión fue aprobado sin discusión el 11 de noviembre de 1856. Tal precepto pasó a la Constitución actual sin haber causado discusión y habiéndose aprobado por unanimidad.<sup>26</sup>

Examinemos ahora, las dos hipótesis que consagra el artículo 122 constitucional.

Respecto a la primera hipótesis: los poderes de la Unión tienen la obligación de proteger a las entidades federativas contra la invasión o violencia exterior. Opina Tena Ramírez, y con toda razón, que este enunciado resulta superfluo en una Constitución federal porque las entidades federativas carecen de personalidad internacional, y por tanto ninguna de ellas puede ser objeto de un ataque aislado por alguna nación extranjera. El ataque a una porción del territorio nacional, ya sea entidad federativa o territorio bajo jurisdicción federal, es un ataque mexicano como tal, en su unidad, y no a una sola parte de él.

González Flores opina que todo el precepto 122 es innecesario, pues en los casos que prevé, se otorga, según la fracción VI del artículo 89, competencia al presidente de la República para que disponga de la fuerza armada para la seguridad interior y la defensa externa de México, criterio no del todo correcto.

Se ha precisado que respecto a la primera hipótesis del artículo 122, la intervención de los poderes federales es de oficio; tan pronto como tengan noticia de la invasión o ataque exterior, deben tomar las medidas conducentes; es decir, no es necesario que este auxilio sea solicitado por la entidad federativa, pues la agresión es contra todo el país y no en contra de una porción determinada del territorio.

La segunda hipótesis del 122: la federación protege a las entidades federativas en caso de sublevación o conflicto interior, si esta ayuda le es solicitada por la legislatura local o por el Ejecutivo, cuando el Congreso del estado no se encuentre reunido.

Ahora bien, el artículo 122 se refiere a los poderes de la Unión, pero no precisa si todos tienen la facultad, o solo uno o dos de ellos.

Luego, la entidad federativa se debe dirigir al presidente de la República solicitándole la intervención de la fuerza federal. Esta idea responde

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 113 y 114

al hecho de que el Poder Ejecutivo es el jefe del ejército y de la armada, y quien puede disponer de los mismos; además, como dice Gonzalo Flores, la Constitución le otorga esta facultad al presidente, él debe disponer de las fuerzas con miras a la seguridad interior y defensa exterior del Estado federal.

La segunda hipótesis del artículo 122 ha sido de escasa aplicación en México en los últimos años.

En México, uno de los últimos casos que conocemos de aplicación de la segunda hipótesis del artículo 122, se dio en el estado de Chihuahua, en los últimos meses de 1965, al solicitar las autoridades locales la ayuda federal, después que un grupo guerrillero atacó un cuartel en el poblado de madera.<sup>27</sup>

Además de las circunstancias bélicas arriba apuntadas, la defensa del Estado federal y por consecuencia la del sistema federal de gobierno también se da en los términos del artículo 105 de la Constitución para que la Suprema Corte de Justicia resuelva las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a los establecidos aspectos mencionados en el artículo 46, a los límites territoriales de las entidades federativas, puedan suscitarse entre los componentes de la federación, los estados, el Distrito Federal, e incluso los municipios, en los siguientes términos:

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

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 115 y 116.

Así la Suprema Corte de la Justicia de la Nación conocerá en vía de amparo de los casos mencionados para defender tanto al Estado federal como al sistema federal de gobierno mexicano.

#### IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. El Estado federal requiere de otro concepto alternativo que le permita llegar a su viabilidad y eficacia. Jorge Carpizo construyó dicho concepto —el sistema federal de gobierno mexicano— con elementos suficientes para nutrirlo con aspectos normativos y doctrinales.

SEGUNDA. El concepto de federalismo, en particular del federalismo mexicano, puede ser diverso, e incluso, con ciertas notas contradictorias en su aplicación, pues en algunos casos puede presentarse como estado unitario, centralista, y en la práctica poseer elementos en su aplicación característicos de un Estado federal, y al contrario, puede autodefinirse como Estado federal y, en la práctica, vivir su gobierno y su administración, con políticas estrictamente centralistas.

TERCERA. Los conceptos federalismo y sistema federal de gobierno se observan con grandes similitudes, que —esta es la gran contribución de Carpizo—, logró, didácticamente separar, explicar y darle el peso conceptual correspondiente al sistema federal de gobierno mexicano.

CUARTA. El federalismo permite conciliar la necesidad de establecer ciertos parámetros que den consistencia, como la de generar una capacidad de respuesta rápida a las condiciones cambiantes del entorno, y a los retos que presentan. Esto va muy de la mano con el enfoque que ve a la organización jurídica federal como un sistema adaptativo complejo, que debe interactuar con ese entorno de que forma parte, y llevar a cabo los ajustes que requieran las nuevas condiciones que se dan en él de manera constante. Si dicho proceso de adaptación no se realizara, el sistema, en este caso la organización mencionada, no podrá sobrevivir.

QUINTA. Carpizo considera que es posible el control orgánico del Estado, incluyendo al Estado federal, para establecer su viabilidad y eficacia, creando un sistema de gobierno federal: *a)* mediante la Constitución; *b)* mediante el control del poder; *c)* mediante la estabilidad del poder.

SEXTA. El sistema federal de gobierno mexicano, Carpizo lo fundamenta en la democracia: como un sistema de buen gobierno y sistema de vida.

SÉPTIMA. Desde un punto de vista sustancial, el interés general como tarea suprema del Estado reside en la centralidad de la dignidad del ser

humano. El Estado como institución tiene sentido en la medida en que las personas se desarrollen libre y solidariamente como tales. Desde esta perspectiva el interés general hace referencia a la función básica del Estado que es la mejora de las condiciones de vida de los habitantes, especialmente en lo que se refiere al disfrute de todos y cada uno de los derechos fundamentales de las personas. Desde un enfoque normativo, el interés general, ha de estar formulado de alguna manera con la Constitución, que es la fuente de las fuentes del ordenamiento jurídico.

OCTAVA. El Estado federal se entiende, según lo que de él dice la Constitución, pero también de lo que su pueblo quiere, en el escenario de libertades en que desea desarrollar su condición humana, es también lo que la voluntad colectiva quiere vivir, para ello democráticamente decide su destino, su proyecto de vida. De ahí la importancia de la democracia en la construcción de un sistema federal de gobierno mexicano.

NOVENA. Las entidades federativas como instancias decisorias supremas, en su organización o sistema de gobierno, se rigen por los siguientes principios: *a)* existe una división de la soberanía entre la federación y las entidades federativas, estas últimas son instancia decisoria suprema dentro de su competencia, facilitándoles los medios para una organización estatal eficaz; *b)* entre la federación y las entidades federativas se dan libremente su propia Constitución en la que organizan la estructura del gobierno, pero sin contravenir el pacto federal inscrito en la Constitución general, que es la unidad del Estado federal, *c)* las entidades federativas se dan libremente su propia Constitución en la que organizan la estructura del gobierno, pero sin contravenir el pacto federal inscrito en la Constitución general, que es la unidad del Estado federal; *d)* existe una clara y diáfana división de competencias entre la federación y las entidades federativas: todo aquello que no esté expresamente atribuido a la federación es competencia de las entidades federativas.

DÉCIMA. La propia Constitución establece una serie de principios respecto al problema de la competencia en el Estado federal que se puede enunciar en la forma siguiente: *a)* facultades atribuidas a la federación; *b)* facultades atribuidas a las entidades federativas; *c)* facultades prohibidas a la federación; *d)* facultades prohibidas a las entidades federativas; *e)* facultades coincidentes; *f)* facultades coexistentes; *g)* facultades de auxilio, y *h)* facultades que emanan de la jurisprudencia, ya sea reformado o adicionando la anterior clasificación.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Teoría de la democracia. Fundamentos de filosofía democrática*, México, Jus, 1988.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999.
- CARPISO, Jorge, *Estudio constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 1999.
- , *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI Editores, 1998
- , *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 2000.
- , *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CISNEROS FARIÁS, Germán, *Interpretación sistémica del derecho*, México, Porrúa, 2008.
- GIL IBÁÑEZ, José Luis, “El Estado, el Estado liberal”, *Enciclopedia Jurídica*, Madrid, La ley, vol. 9, 2008-2009.
- Marco Aurelio, *Meditaciones*, trad. de Ramón Bach Pellicer, Madrid, Gredos, 2010, libro VI.
- MEILÁN GIL, José Luis, *Categorías jurídicas en el derecho administrativo*, Madrid-España, Iustel, 2011.
- , *El proceso de definición de derecho administrativo*, Madrid, ENAP, 1967.
- NÚÑEZ TORRES, Michael, *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana-Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006.
- , “El pacto federal como cláusula institucional del Estado constitucional”, en *La reforma del Estado. Experiencia mexicana y comparada en las entidades federativas*, México, Porrúa-SCJN-EGAP-UNAM, 2008.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de derecho administrativo*, 5a. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.
- POLIBIO, *Historias*, Libro 1, capítulos 3-88, trad. de Alberto Díaz Tejera, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, vol. 1/2, 1982.
- , *Historias*, libros V-XV, trad. y notas de Manuel Balasch Recort, Madrid, Gredos, 2008.



- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Navarra-España, Aranzadi.
- , *Interés general, derecho administrativo y Estado de bienestar*, Madrid, Iustel, 2012.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- VALDÉS S., Clemente, *La invención del Estado. Un estudio sobre su utilidad para controlar a los pueblos*, México, Coyoacán, 2010.
- VERGOTINI, Giuseppe de, “Modelos constitucionales e innovación”, en *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. II.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1997.



## ESTADO DE DERECHOS, SOCIAL Y DEMOCRÁTICO: LA GRAN ASIGNATURA PENDIENTE\*

Rolando CORDERA CAMPOS\*\*

SUMARIO: I. *A manera de presentación.* II. *Reconocer para cambiar.* III. *El eslabón perdido de la cuestión social.* IV. *Los debates sobre el Estado.* V. *El rostro de nuestra desprotección. Brevíssima numeralia.* VI. *De salida: algo sobre “nuestros” liberalismos.*

### I. A MANERA DE PRESENTACIÓN

*Mucho se ha dicho, y seguirá diciéndose, de Jorge Carpizo. Académico, abogado general y rector de la Universidad Nacional, ministro de la Suprema Corte de Justicia, primer presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, secretario de gobernación: en fin, político y funcionario público; polémico y polemista agudo pero, por encima de todo y en todo momento, humanista, hombre recto y comprometido con sus ideas por México y su querida Universidad Nacional Autónoma de México. Entrañable y respetuoso amigo.*

*Gran conocedor del derecho constitucional, cómo no mencionar en este sentido dos textos clásicos: La Constitución mexicana de 1917, su tesis de licenciatura, en la que reflexiona sobre la importancia del sentido social de la carta magna, y El presidencialismo mexicano, su tesis doctoral y posteriormente libro de obligada consulta y referencia; en el que despliega una aguda y puntual crítica del omniabarcante sistema presidencialista que nos heredó la Revolución y que el joven constitucionalista no dudó en calificar de “poder metaconstitucional”. Escrito en los turbulentos cuanto decisivos años setenta, el volumen adquirió pronto no solo celebridad sino genuino reconocimiento como un clásico de la transición mexicana a la democracia.*

*Interesado y comprometido estudioso y defensor de los derechos humanos, no por “accidente” recayó en él la tarea de ser el primer ombudsman que tuvo México (1990). Me permito rescatar unas líneas de su primer informe semestral en el que, con claridad, señala el perfil fundamental de la nueva institución: el imperio de la ley, y el firme*

\* *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria.*

\*\* Profesor emérito, Facultad de Economía, UNAM.

*respeto de los derechos humanos entendidos como la columna vertebral de la sociedad moderna y del Estado democrático constitucional que debe gobernarla.*

*La actuación de la Comisión no crea ni auspicia ningún problema político, y si éste se presenta durante la intervención de la Comisión Nacional, el mismo se origina por la violación del derecho humano, la indignación que ello causa a la sociedad y el reclamo social de seguridad y de justicia. En consecuencia, ante la falta de aplicación de la ley, la Comisión Nacional no se detendrá frente al argumento de que esa aplicación puede causar un problema político.*

*Quien realmente origina el problema político es el violador de los derechos humanos y quien no aplica la ley. Al respecto, la Comisión no tiene ni puede tener ninguna duda”.*<sup>1</sup>

*Cómo no recordar, por otra parte, su adhesión al pensamiento social mexicano que como orgullosamente afirmaba: “Ha marcado mi vida académica, mis investigaciones, mis escritos y mis acciones”.*<sup>2</sup> *Recupero algunas de sus palabras en la ceremonia de toma de posesión (enero de 1985) al cargo de rector de la Universidad Nacional:*

*“Tomo posesión del cargo en la Facultad de Derecho, mi facultad, porque en ella y de mis maestros... aprendí a entender y amar a la Universidad; porque en sus aulas comencé a comprender el profundo honor que es ser universitario; porque en sus cátedras se terminó de conformar mi ideología, enmarcada en el pensamiento social mexicano que proviene, entre otros, de Morelos, Otero, Arriaga y Ramírez, y de las tesis revolucionarias que se plasman en nuestra Constitución Política de 1917”.*<sup>3</sup>

*Valgan las siguientes líneas para traer nuevamente a cuenta y afirmar, junto con Carpizo, que: “La noción de justicia social no se encuentra en desuso... La fuerza especial del concepto de justicia social se encuentra en que además de su significado jurídico y constitucional, se impregna de carácter sociológico y, en particular, de un sentido de equidad”.*<sup>4</sup>

## II. RECONOCER PARA CAMBIAR

Los Estados sociales, como los conocemos, han sido el producto de procesos complejos y prolongados; fueron construidos a lo largo del siglo XX

<sup>1</sup> Carpizo, Jorge, Primer Informe Semestral. Junio-diciembre de 1990, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1990, pp. 48-51. <http://raulplascencia.com/rpv/sites/all/fuentes/documentos/publicaciones/colaboracion/86.PDF>.

<sup>2</sup> Carpizo, Jorge, “Ponciano Arriaga. Vigencia de un patriota”, *Revista de la Universidad Nacional*, p. 6, <http://www.revistadelauniversidad.unam.mx/9712/pdf/97carpizo.pdf>.

<sup>3</sup> *Idem.*

<sup>4</sup> Carpizo, Jorge, “El estado de los derechos de la justicia social”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 14, enero-junio de 2012, p. 6.

pero sus antecedentes pueden fecharse en los momentos en que irrumpe la industrialización y emergen las nuevas clases proletarias en las ciudades para volverse a los ojos de los gobernantes y de algunos grupos propietarios “clases peligrosas”.

Las configuraciones estatales que surgen de esas mutaciones en la estructura social y se vuelven reclamo político popular, obedecieron a contingencias políticas y contextos estructurales y nacionales diversos y sumamente cambiantes. Su viabilidad, por lo tanto, no está definida de antemano; tampoco sus reestructuraciones y reversiones, como ocurre hoy, pueden entenderse como mandatos de leyes de hierro del desarrollo capitalista. La identificación de los “diques estructurales” al avance del Estado social, como los llama Adam Przeworski,<sup>5</sup> debería servir sobre todo para estimular la sensibilidad política y la imaginación institucional para, a la vez, generar estrategias dirigidas precisamente a relajar esas restricciones. No se trata, ciertamente, de un *continuum* pero sí de un movimiento con implicaciones institucionales, políticas y aun estructurales inscrito en la dinámica del desarrollo capitalista por la democracia y sus transformaciones.

Tanto la viabilidad de los Estados de bienestar como la superación de las paradojas que ahora les imponen la globalización y su primera crisis de alcance planetario, constituyen el reto fundamental del tiempo abierto por la llamada Gran Recesión que irrumpiera en 2008. Más que de paradojas se trata de dilemas o “trilemas”, como los ha llamado Dani Rodrik,<sup>6</sup> que resumen la “crisis de la igualdad” resultante de la cultura de la satisfacción que se abrió paso y se volvió dominante con la revolución de los ricos de la que ha escrito en nuestro medio Carlos Tello.<sup>7</sup> Esta dominación ética e ideológica, cultural en más de un sentido, opaca la búsqueda de alternativas dentro de los juegos de suma cero que se han

<sup>5</sup> Cfr. Przeworski, Adam, “Las restricciones económicas en las decisiones políticas”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 6, diciembre de 1995.

<sup>6</sup> Cfr. Rodrik, Dani, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, Estados Unidos, Norton, 2011.

<sup>7</sup> Entre otros autores, Galbraith ha dado cuenta de la cultura de la satisfacción; hilarante opereta de no ser por sus desastrosos y perversos efectos sociales y culturales. Rosanvallon, por su parte, considera que más allá del deterioro o de la crisis de la igualdad, de lo que se trata es de una verdadera contrarrevolución. Cfr. Rosanvallon, Pierre, *La sociedad de los iguales*, Argentina, Manantial, 2012; Galbraith, John K., *La sociedad opulenta*, España, Ariel, 2004; Mifflin, Houghton, *The Culture of Contentment*, Boston, Mass., 1992; Tello Macías, Carlos y Ibarra, Jorge, *La revolución de los ricos*, México, UNAM, Facultad de Economía, 2010.

impuesto como axiomas y pensamiento único, antes y en la crisis, pero no ha sido capaz de borrar la búsqueda de opciones para los Estados, entendida como una necesidad apremiante, en cuanto vital.

Es en este contexto que la propuesta de un nuevo curso de desarrollo que recupere la centralidad de la justicia social nos permite y obliga a ver más allá de la crisis global, a partir del convencimiento de que, de empeñarnos en seguir por la misma ruta, atentaremos de manera directa contra la sustentabilidad natural y humana de las sociedades tal y como las hemos conocido. De aquí que la mencionada recuperación y actualización de la justicia social deba ser inscrita en el discurso de los derechos fundamentales, concebidos como la piedra miliar del Estado social y democrático de derecho.

Como propone la filósofa Adela Cortina: “Una propuesta como la capitalista, según la cual la base de la conducta humana es sólo el afán de lucro, está radicalmente equivocada. Lo que se muestra cada vez más, desde la biología evolutiva y desde las neurociencias, es que los seres humanos estamos biológicamente preparados para cuidar y para cooperar”.<sup>8</sup>

### III. EL ESLABÓN PERDIDO DE LA CUESTIÓN SOCIAL

El desarrollo social se cuenta entre los propósitos básicos y principios rectores del proyecto nacional plasmados en la Constitución de 1917. A partir de los años veinte del siglo XX, los diferentes gobiernos buscaron dar respuesta al reclamo social con reformas estructurales y políticas de apoyo y compensación que, con el tiempo, darían lugar a un paquete básico de compromisos de Estado que posteriormente se dio en llamar derechos sociales del pueblo mexicano.

Los sucesivos gobiernos han explorado rutas diversas que no siempre alcanzaron consistencia y durabilidad. En los años treinta del siglo pasado, se realizó una extensa reforma agraria y se buscó tutelar desde el gobierno los derechos de los trabajadores, cuya organización fue apoyada y promovida por los grupos dirigentes empeñados en la reconstrucción del Estado, cuya impronta social era vista como una condición *sine qua non* para dicha tarea reestructuradora.

Esta suerte de reforma estructural redistributiva hacia abajo, adquirió su clímax durante la presidencia de Lázaro Cárdenas, cuando el reparto

<sup>8</sup> Entrevista con Adela Cortina, “Competir o convivir”, *Suplemento Babelia*, 18 de mayo de 2013.

de tierras alcanzó su punto máximo y la organización sindical auspició el incremento de los salarios y el ejercicio del derecho de huelga. Así se delineó la alianza entre las emergentes bases sociales organizadas y los grupos dirigentes que sustentaría la coalición política que, a su vez, articularía el desarrollo económico y social posterior.

Después, mediante compensaciones y promociones del Estado que fueran compatibles con la prioridad otorgada a la industrialización y a la acumulación capitalista, se buscó acompasar las dislocaciones causadas por la modernización económica. Se trataba de construir interfaces que comunicaran productivamente la pauta de desarrollo y acumulación con los compromisos históricos del Estado surgido de la Revolución.

Por lustros, el crecimiento alto y sostenido de la economía, sumado a la continuación un tanto inercial y manipulada de las políticas de cambio estructural inauguradas por Cárdenas, logró darle visos de realidad a esa fórmula cuyo objetivo, hay que subrayarlo, consistía en fortalecer el desarrollismo industrializador mediante la ampliación de la base social del régimen. Ésta, sería el fruto de la elevación general y sostenida de los niveles generales de vida sin poner el riesgo las coordenadas primigenias de la distribución.

Al menos hasta los años sesenta del siglo pasado la combinación de alto crecimiento con la creación de empleo y la extensión de la seguridad social, sumada a la infraestructura física e institucional desarrollada en el campo, fueron los sostenes de la política social iniciada en los años cuarenta, después de la fase de reforma distributiva cardenista. Empero, a fines de esa década comenzaron a detectarse grietas en la capacidad de la economía urbana e industrial para generar los empleos requeridos.

Posteriormente, en el marco de un nuevo ciclo económico internacional, desfavorable al desarrollismo de entonces, reaparecieron la inflación y la inestabilidad del crecimiento económico y empezaron a peligrar los equilibrios en que descansó el desarrollo estabilizador; además, la desigualdad, hasta entonces oculta tras la expansión económica y el empleo formal, dio lugar a reclamos distributivos diversos y dispersos aunque importantes, que anunciaban la necesidad de revisiones más o menos profundas de la arquitectura institucional de la política social y, más ampliamente, en la del desarrollo.

Como sabemos, este reclamo revisionista fue iniciado por los sectores medios urbanos, cuyas vanguardias habían dado el aldabonazo con el movimiento estudiantil-popular de 1968. A lo largo de la década siguiente, se buscó que dicho reclamo, originalmente político, fuese ampliado a las demandas sociales de trabajadores y productores rurales para dar

lugar así a una reforma social del propio Estado. Sin embargo, el plano social de la reforma quedó subordinado al ajuste económico y financiero impuesto por las sucesivas crisis que marcaron la década, en tanto que el reclamo democrático original fue apropiado y refuncionalizado por el discurso de los grupos empresariales del gran capital que dirigían al conjunto de la clase propietaria.

Con la crisis y la ruptura de 1982, condensada en la nacionalización bancaria y la serie de devaluaciones catastróficas de la coyuntura, se convirtió en verdad canónica el agotamiento del “modelo” anterior y el reclamo del cambio estructural para la globalización se volvió el *leit motiv* de la política de ajustes y reformas neoliberales que definieron el fin del siglo XX mexicano. La política social y la filosofía justiciera que supuestamente la inspiraba, registraron cambios consecuentes con las mudanzas drásticas en la estructura económica e institucional y del Estado que luego serían codificadas en el llamado Consenso de Washington y todo empezó a cambiar en las cúpulas del Estado y del capital.

Con las dificultades de los años ochenta varios países de América Latina, México desde luego, enfrentan agudos desequilibrios que tienen que ver con la falta de financiamiento externo, la masiva salida de divisas destinada al pago de la deuda externa y presiones de diversa índole en favor de la puesta en práctica de “grandes transformaciones” cuyos contenidos resumía el credo neoliberal. Debajo de esas mudanzas se gestaba otra, relacionada con las formas de ejercer el poder por parte de los grupos dirigentes que presumían ser herederos de la tradición revolucionaria así como con las nuevas formas de insertarse en la economía mundial, seriamente afectada en sus tejidos productivos e institucionales por la “estanflación” de los años setenta, la política antiinflacionaria decretada por el gobierno del presidente Reagan, pero también por el recrudecimiento del conflicto estructural planteado por las elites y los pueblos de las naciones emergentes, en aquel entonces encabezados por los países petroleros.

En México podía hablarse entonces de una auténtica disputa por la nación en torno a dos discursos y proyectos que pugnaban por dirigir el Estado y la economía, incluso la sociedad, dentro de lo que se vislumbraba como un gran cambio del mundo.<sup>9</sup> Lo que se abría paso en México y en el mundo era una reedición de la “gran transformación” más profunda y más allá de la que se intentara en el siglo XIX para implantar

<sup>9</sup> Cfr. Cordera, Rolando y Tello, Carlos, *La disputa por la nación*, México, 2a. ed., Siglo XXI Editores, 2010.



no solo una economía mercantil capitalista sino una plena sociedad de mercado.<sup>10</sup>

Los gobiernos de la región, exhaustos ante la crisis de la deuda y la hiperinflación adoptan, con un curioso sentido de pertenencia, como lo llamara José A. Ocampo, el nuevo canon y se da la bienvenida a las ideas que buscan la reducción del intervencionismo del Estado, la privatización de las empresas públicas, la desregulación y la apertura de los mercados. Así, la otrora exitosa fórmula de políticas y compromisos básicos del Estado para modular el reclamo social se vuelve leyenda negra; al tiempo que el rostro social, sobre todo en las ciudades, muta velozmente dando lugar a la masificación de la pobreza y, sin dejar atrás del todo el desequilibrio clásico entre campo y ciudad, la cuestión social mexicana cambia de piel.

... se rompe la continuidad del paradigma del orden económico del mundo, dice David Ibarra. Se voltean de cabeza los planteamientos keynesianos-cepalinianos que buscaban resolver de otra manera el conflicto entre la prosperidad nacional y la economía internacional: la ingeniería social es suplantada por la desregulación de mercados; las prelações desarrollistas por prioridades estabilizadoras...<sup>11</sup>

A partir de ese momento, a la política social se le desprende su discurso de justicia y garantías progresivamente universales y queda sometida por las nuevas normas de la política económica; se abandona el desarrollo social por un lado heurístico como criterio y, por otro, como concepto organizador de la acción política del Estado y “lo social” empieza a ser visto y tratado como un tema sectorial. En la misma lógica, a la pobreza empieza a vérselo bien como un problema de seguridad interior o como un asunto impertinente para la política fiscal que, se argumenta, tiene que administrarse eficientemente.

Con la renuncia de los Estados al uso de políticas e instituciones desarrollistas (empresas estatales, proteccionismo comercial y financiero, política industrial, política fiscal progresiva) se reduce su capacidad de intervención en el desarrollo, no se diga con el objetivo de la equidad, al imponerse como objetivos y criterios centrales la inserción en la globa-

<sup>10</sup> Cfr. Polanyi, Karl, *La gran transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

<sup>11</sup> Ibarra, David, “Paradigmas económicos: ¿verdades o credos?”, p. 4, <http://davidibarra.com.mx/wp-content/uploads/2013/03/20020614-Paradigmas-econ%C3%B3micos-%C2%BFverdades-o-credos.pdf>.

lización que irrumpía y la estabilización financiera y de precios exigidas como boleto de entrada al banquete del nuevo orden prometido por los cambios de la economía política y el equilibrio del poder mundial. La posguerra fría iniciada por el desplome de la URSS y, simbólicamente, del Muro de Berlín, implicaba mutaciones extensas e intensas en los tejidos sociales que mal que bien sostenían la cohesión de las sociedades y los Estados nacionales que, sin embargo, nunca contaron con la compañía de nuevos diseños y estilos de política social que, por lo menos, se acercaran al magno reto político y cultural implícito en el vocablo globalizador: el asociado con la emergencia de una ciudadanía global que supone la erección de un orden mundial o global democrático, capaz de interiorizar y hacer suyos los compromisos del Estado social nacional que como realidad o proyecto marcó el espíritu político y la sensibilidad de las masas del siglo XX.

Mucha agua ha corrido desde entonces, ahora estancadas o arremolinadas por la gran crisis global; sin embargo, lo que permanece y se extiende por el mundo y desde luego por México son las desigualdades, las carencias y vulnerabilidad sociales, registros e inventarios que parecen mantener en presente continuo nuestra incapacidad, como sociedad y como Estado nacional, de compartir de “un modo más amplio los frutos del progreso y brindar a aquellos que hoy están marginados o excluidos el acceso a servicios públicos dignos a una adecuada seguridad social y a una justicia equitativa”.<sup>12</sup>

La situación actual también es muestra de una absoluta falta de sensibilidad de las elites políticas, incluso en su discurso, que busca consagrar la “naturalidad” con la que se asume la distancia que priva entre los ingresos y la riqueza de los más beneficiados y los mayormente perjudicados y desprotegidos. Las elites se rebelan, escribió hace tiempo Christopher Lasch<sup>13</sup> pensando en Estados Unidos, su país, y se alejan de sus bases sociales y geográficas hasta volverse imaginarias, ciudadanas privilegiadas del mundo. Lo que hoy prima entre nosotros es una operación similar de distanciamiento de los privilegiados respecto de sus registros primigenios relativos a la raza, el lugar de nacimiento o el origen de la riqueza. De aquí la concordancia entre la enorme distancia que

<sup>12</sup> Cfr. Patten, Christopher, “Europa y América Latina: Democracia, Integración y Cohesión Social” en Carlo Binetti y Fernando Carrillo (editores), *¿Democracia con desigualdad? Una mirada de Europa hacia América Latina*, Colombia, BID y Comisión Europea, Alfaomega, 2004, p. xvii.

<sup>13</sup> Cfr. Lasch, Christopher, *La rebelión de las elites y la traición a la democracia*, Barcelona, Paidós, 1996.

caracteriza la estructura social y la que ordena los registros y reflejos de los que viven en las capas más privilegiadas por la desigual distribución del ingreso, las oportunidades y el poder de la actual pirámide mexicana.

Desde este mirador, quizá lo primero que haya que encarar para salir efectivamente de la crisis y de la trampa mayor del “estancamiento estabilizador” en que se metió el país desde fines del siglo pasado, sea superar la pesada carga ideológica que mantiene aherrojada la búsqueda de un nuevo curso de desarrollo. “Creer que ‘ya sabemos lo que se debe hacer’ es simplemente una expresión de arrogancia de los economistas, que incluso se ha acentuado con el predominio de las visiones ortodoxas del pensamiento sobre el desarrollo desde los años ochenta”.<sup>14</sup>

Por esto es que no deja de sonar pueril que, sin mayor sustento teórico ni empírico, con base en meras generalidades, se insista en interpretar a conveniencia ese momento histórico, buscando justificar las enormes fallas de estructura y de dinámica que han acompañado la acelerada globalización del país, con cargo a la estrategia puesta en práctica en el periodo anterior. Lo que no se dice ni se asume es que fue precisamente en la política condensada en el Estado ampliado que resultó de aquella fase reformadora, donde pueden encontrarse algunas de las claves maestras del éxito del curso de desarrollo seguido por México en las tres décadas de expansión subsiguientes. Hay que subrayar que sin los mecanismos de mediación del conflicto y de compensación social que se crearon en los años treinta del siglo pasado, hubiera resultado prácticamente imposible mantener la ecuación exitosa de crecimiento rápido con estabilidad política que México puso después en práctica y que conocemos como “desarrollo estabilizador”.

Podría decirse que se trató de una “acumulación social histórica” que incluso sirvió para dar sustento institucional y aún político a la otra “gran transformación”, la de los años ochenta y noventa, destinada a configurar una economía de mercado, abierta y descentralizada y que, paradójicamente, puso en jaque a dichos cimientos político-institucionales. Por esto es que desde que el Estado mismo, frívolamente asumió la inoperancia de la fórmula político económica previa, el país extravió las coordenadas básicas para realizar una oportuna redefinición de la pauta de desarrollo seguida.

En sentido estricto, la reforma o el cambio estructural de los dos últimos decenios del siglo XX tenía que haberse concebido como un

<sup>14</sup> Ocampo, José Antonio, *Configuraciones*, núms. 5-6, octubre-diciembre de 2001, p. 130.

intento renovado de fortalecer al Estado pero por la vía de una democratización ampliada, así como apuntalar sus áreas de competencia tradicionales y ampliar su capacidad para concentrarse en lo básico: mantener la seguridad nacional y promover la justicia social. No ocurrió así y en la medida en que el enfoque primero estuvo centrado en pagar la deuda, y luego en ampliar el mercado mediante su internacionalización intempestiva, la cuestión social fue reducida a tema sectorial cuya superación habría de quedar supeditada a las dinámicas económicas y laborales que resultarían de un mercado cada vez más eficiente y capaz de autorregularse. Visión que pronto se volvió una poderosa idea fuerza que cruza toda la trama estatal y redefine las percepciones de la sociedad sobre ella misma, como plásticamente lo muestran las formas políticas y de negociación así como los resultados de las jornadas estipuladas por la Constitución para aprobar los presupuestos de egresos de la federación.

Los fracasos de las denominadas reformas orientadas al mercado no implican por cierto, dice Stiglitz,<sup>15</sup> que se deba volver al pasado... Es evidente que no existe una alternativa única; cada país debe elegir la opción que mejor se adapte a sus circunstancias y a su población. De hecho, la idea de promover una agenda única, sin adaptarla a las circunstancias de cada país, ha sido uno de los aspectos más criticados del Consenso de Washington.

#### IV. LOS DEBATES SOBRE EL ESTADO

Los debates sobre el papel del Estado en la economía han formado parte de la esencia de la economía política y de su historia; su primera derivada, la del papel y los usos de lo público y lo privado, sus linderos e interrelaciones, históricamente ha constituido “uno de los problemas más finos de la legislación”, como dijera Edmund Burke. Es por esto que cuando las perspectivas y proyecciones sobre el desempeño de la economía, su dinámica y contenidos básicos, soslayan la importancia crucial que tienen estas fronteras, así como las formas elegidas para determinarlas, se afectan gravemente los contenidos de la vida cívica y pública y se pone en entredicho el sentido colectivo a la democracia.

Conviene tener presente que tanto desde el punto de vista económico como desde el de la propia teoría democrática, no hay un tamaño “ópti-

<sup>15</sup> Stiglitz, Joseph E., “El rumbo de las reformas. Hacia una nueva agenda para América Latina”, *Revista de la CEPAL*, núm. 80, agosto de 2003.

mo” del Estado. Los alcances de las acciones estatales, sus intervenciones y ampliaciones, así como sus retraimientos, en la producción económica al igual que en otros planos del quehacer político y social, cambian en el tiempo y no siempre ni en todo lugar tienen la misma dirección; las mediaciones estatales varían históricamente y casi siempre se han definido al calor de coyunturas críticas de la evolución capitalista. Lo que en un momento aparece como una intervención que desafía el orden existente y las ideas dominantes, en otro se presenta como una institución normal e indispensable para la reproducción o la estabilidad del orden capitalista.

Las decisiones sobre el Estado, como se dijo más arriba, obedecen a necesidades sociales y proyectos políticos que son puestos en acto por el propio Estado, mediante una matriz compleja y multivariada de relaciones, tanto en el nivel macro social como en el interior de las instituciones estatales. Asimismo, la acción y las decisiones estatales están inscritas en, y condicionadas por, contextos transnacionales que históricamente también sufren mutaciones de diverso alcance y profundidad.

Así, lo privado y lo público, el Estado y el mercado, en sus múltiples y variadas relaciones y contradicciones, dan lugar en la realidad histórica nacional e internacional a combinaciones más que a polaridades, que recogen y sintetizan las coyunturas en que tienen lugar esas mezclas así como sus contextos nacionales (políticos, ideológicos, culturales, incluso geográficos). Cuando se les observa en detalle es posible advertir que las maneras de “salir” de la crisis de entreguerras del siglo XX, así como los perfiles que adoptaron los Estados de bienestar, ilustran el peso de las coyunturas y de lo nacional, aunque el contexto estructural estuviera internacionalmente marcado por el azote de la depresión económica.

Sin embargo, el relato neoliberal avasalló al pensamiento político de inspiración histórica y dejó de lado la necesidad de estas combinaciones, construyó una relación unívoca y linealmente determinada entre mercado y Estado y olvidó un vector indispensable de la vida social moderna marcada por la diversidad y la apertura: la necesidad de equilibrios dinámicos aunque contingentes, una de las lecciones más vigorosas de Tocqueville, Burke y Constant.

La incapacidad o el descuido que se hizo de estas experiencias, propició cambios radicales en las visiones dominantes: en lugar de procurar el pleno empleo y la protección social, se impuso la lucha contra la inflación, la estabilidad financiera y la permanente reducción del tamaño y de los compromisos del Estado con el bienestar, es decir, con las necesidades y anhelos de su ciudadanía.

La globalización, junto con el cambio estructural en clave neoliberal, se convirtió en un complejo simbólico de gran eficacia para delimitar los

términos de los debates políticos y económicos. Sin descanso, como se ha dicho, se han puesto en la picota la seguridad social, la inversión y las empresas públicas, los derechos colectivos y la propia conversación democrática, en especial en lo relativo a sus implicaciones sobre la economía y las relaciones sociales: se apostó todo el desempeño económico a la acción del mercado, el papel del Estado se redujo a su mínima expresión y se impuso la ilusión de una sociedad de mercado, cuyas eficiencias y racionalidades no han llegado, no al menos en el tiempo y con la oportunidad necesarios. Se trata de un proyecto y una agenda pretendidamente liberal y con ambición planetaria que, sin embargo, poco o nada tienen que ver con las ideas y enseñanzas de John Stuart Mill o Adam Smith.

Si hubiera que fechar el origen de intentos recientes de recuperación del Estado, podría proponerse que fue en 1997 cuando el Banco Mundial liderado intelectualmente por Joseph Stiglitz desató este empeño:<sup>16</sup>

... las enseñanzas de los grandes éxitos conseguidos... desde la industrialización de algunos países en el siglo XIX hasta el “crecimiento milagroso” alcanzado en la posguerra por Asia Oriental... lejos de respaldar la teoría del Estado minimalista, demuestran que el desarrollo exige la existencia de un Estado eficaz.

Tendrían que pasar poco más de diez años para que esos hallazgos encontraran acogida en la academia y en los círculos de la política económica internacional. Se trató, sin embargo, de una recepción pronto sucedida por las políticas de austeridad frente a una crisis de deuda cuyos perfiles, dimensiones y magnitudes han sido exagerados. Como quiera que haya sido, el hecho contundente es que el Estado ha sido puesto de nuevo en la picota, a pesar de que fueron sus intervenciones las que, en especial en Estados Unidos de América, han evitado que la “gran recesión” deviniera en otra “gran depresión”, como la que devastó a buena parte de la economía internacional en los años treinta del siglo XX.

Así las cosas, es claro que poner al Estado de nuevo en el centro de la deliberación pública y el debate académico e intelectual supone la elaboración y renovación de toda una agenda sobre la economía política y la política económica. Lo que urge reconocer y poner en la orden del día es la reforma del capitalismo, para ir más allá de la reforma “capitalista” desplegada en los últimos treinta años, articulada por la hegemonía del capital financiero globalizado. Esta última primero fue una gran empresa

<sup>16</sup> Banco Mundial, “El Estado en un mundo en transformación”, *Informe sobre el desarrollo mundial*, Inglaterra, Oxford University Press, 1997.

ofensiva, dirigida a recrear el mundo que emergía del fin de la Guerra Fría y del desplome del comunismo; hoy, en medio de la primera gran crisis de la globalización neoliberal, se trata sobre todo de una vasta campaña defensiva de lo logrado a fin de siglo.

A pesar de lo ocurrido en todos los ámbitos de la economía y la sociedad, esta visión se mantiene al mando de los principales centros y resortes de poder del entramado global. De lo que no parece capaz este esquema de dominación, es de recrear las bases de un sistema económico cuya reproducción esté mediada por la democracia y los compromisos que el Estado social volvió mandatos constitucionales con el enfoque de los derechos fundamentales en expansión.

La complejidad del mundo y la política globales exigen una respuesta igualmente compleja y capaz de asumir los desafíos de esta globalización ahora en crisis. La nueva agenda para reformar el Estado no tiene nada que ver con un discurso de tabula rasa o un imposible regreso al pasado. Tampoco con la frenética fuga hacia adelante a que lleva el discurso reformista neoliberal. La reforma del Estado que la época reclama para encaminarse a un cambio fundamental congruente con la cuestión social y el gran reclamo de la naturaleza, tiene que ser una reforma social de gran calado, igualmente global y no solo en el flanco económico y financiero sino en el que han empezado a delinear el cambio climático y el deterioro de las bases naturales de la reproducción social. No puede, para decirlo en breve, reducirse a satisfacer demandas específicas e inmediatas de cambios en el uso de los recursos o la conformación institucional.

Para ser un componente y un catalizador de una efectiva y radical “reforma de las reformas” del Estado, que se haga cargo de la agenda planetaria esbozada arriba, debe inscribirse en el centro de unos procesos sociales cuyos tejidos primordiales se han modificado merced al cambio globalizador de fin de siglo, pero que a la vez han sido seriamente afectados por la forma y el ritmo adoptados por dicho cambio. El desarraigo masivo que ha traído consigo la magna emigración de los últimos lustros, se combina con el empobrecimiento y la informalidad laboral, para resultar en un ominoso panorama de pérdida de cohesión social y nacional, así como de anomia y criminalidad como formas de conducta de amplias capas sociales, en especial de los jóvenes.

La reforma debe asumir, de hecho emanar de un reconocimiento claro y preciso de la calidad y el significado del proceso social actual y plantearse una redistribución del poder, un reacomodo radical de las relaciones y pesos entre las esferas de la economía y su comando en la asignación de los recursos y la distribución de los ingresos y la riqueza. El cambio

*en y del* Estado que impone la cuestión social del México globalizado del presente, como se ha dicho, tiene que ir más allá de ser un mero conjunto de actos burocráticos o jurisdiccionales, para ser el resultado de un ambicioso abanico de acciones e intervenciones sociales e intelectuales convergentes y plurales.

A la luz del inventario de la reforma neoliberal que lleva más de tres décadas de iniciada, tiene que plantearse la conveniencia y la necesidad de contar con un “Estado desarrollista” de nuevo tipo, en condiciones de interiorizar las paradojas de la globalización así como de encarar las restricciones que le han impuesto a la economía política mexicana los principios y las políticas neoliberales.

Sin duda, se requieren crear y fortalecer capacidades regulatorias de las cuales se carece o se cuenta en una escala muy por debajo de lo que se necesita. Pero también, resulta indispensable recuperar y actualizar al Estado promotor, inductor e, incluso, sustituto de la iniciativa y el mercado privados, sin lo cual países como México no podrán articular y potenciar las energías económicas y sociales que supone la empresa del desarrollo nacional en una era de globalización. Hablamos, entonces, de un Estado social de derecho, democrático y desarrollista.

El eje de un Estado que diseñe, impulse y combine políticas capaces de rearticular demografía y economía, ampliar con responsabilidad ambiental las capacidades productivas de la economía y fortalecer la convivencia social dentro de los marcos de la democracia y el Estado de derecho, es la reforma fiscal, en realidad hacendaria. Ésta, debe inscribirse y recoger las señales de los procesos sociales fundamentales y abrir la puerta a una redistribución del poder y de las formas de definir su uso y Constitución, así como inducir un reacomodo a fondo de las relaciones y pesos entre las esferas de la economía y su comando en la asignación de los recursos y la distribución de los ingresos y la riqueza.

El Estado social se fundamenta en el sistema democrático y en la participación de los grupos sociales; se estructura para intervenir en la economía y en diversos aspectos de la vida social en interés del bien común y en defensa de los derechos humanos, individuales sociales y de solidaridad. Es un Estado de prestaciones y redistribuidor de la riqueza producida para asegurar a toda la población en general y, en forma especial, a los sectores sociales más desprotegidos, un mínimo de satisfactores económicos, sociales y culturales.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Carpizo, Jorge, “El estado de los derechos...”, pp. 34 y 35.



La construcción de un régimen de bienestar social bajo un enfoque de derechos, se vuelve así uno de los temas centrales de la agenda de la reforma del Estado y del capitalismo. Para la construcción y ampliación democráticas, así como para la agenda económica necesaria para “sembrar el desarrollo”, es indispensable poner en sintonía la transformación productiva alcanzada con criterios y objetivos de equidad. De esta manera, en un contexto de empleo creciente y seguro, “digno” como lo propone la ONU, se abriría el paso a la hora de la igualdad convocada por la Cepal.

La llave maestra de la igualdad es el empleo con plena titularidad de derechos, y la política social es el complemento indispensable para enfrentar riesgos en el camino del cambio estructural... la política industrial es de largo plazo, y en el camino las recomposiciones sectoriales en función de saltos de productividad requieren de la política social para garantizar pisos de bienestar a quienes no pueden, en las primeras etapas, alcanzarlos por vía del empleo de calidad y con derechos.<sup>18</sup>

## V. EL ROSTRO DE NUESTRA DESPROTECCIÓN. BREVÍSIMA NUMERALIA

De acuerdo con datos del INEGI, en 2012 había 31 millones de jóvenes entre 15 y 29 años (26.5% de la población total); en términos de trabajo, la tasa de desocupación observada en este grupo poblacional durante el primer trimestre de 2013 fue de 8.4%; para los ubicados entre los 15 y 19 años de 10.1% y para quienes están entre los 20 y 24 de 9.2%.<sup>19</sup>

En términos de informalidad, para 62.6% de los jóvenes, agrega el INEGI, “es más notorio cuando la escolaridad es baja (90.4% de los jóvenes ocupados con primaria incompleta y 85.2% con primaria completa son informales); además, un importante porcentaje a pesar de tener estudios de nivel medio superior y superior (44.2) es informal.

<sup>18</sup> Cepal, “La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir”, 2010, [http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/39710/100604\\_2010-114-SES.33-3-La\\_hora\\_de\\_la\\_igualdad\\_doc\\_completo.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/39710/100604_2010-114-SES.33-3-La_hora_de_la_igualdad_doc_completo.pdf).

También, Cepal, “Cambio estructural para la igualdad. Una visión integrada del desarrollo”, 2012, [http://www.eclac.org/pses34/noticias/documentosdetrabajo/4/47424/2012-SES-34-Cambio\\_estructural.pdf](http://www.eclac.org/pses34/noticias/documentosdetrabajo/4/47424/2012-SES-34-Cambio_estructural.pdf).

<sup>19</sup> INEGI, “Estadísticas a propósito del día internacional de la juventud. Datos nacionales”, <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2013/juventud0.pdf>.

La vulnerabilidad de la población que se ocupa de manera informal, en opinión del Instituto, se manifiesta de muchas maneras, una de ellas es el ingreso... que perciben por su trabajo: la proporción de jóvenes que se ocupan de manera informal y que reciben hasta un salario mínimo es de 18%; uno de cada tres (32.3%) recibe más de uno y hasta dos salarios mínimos; mientras que uno de cada seis (17.5%) no reciben remuneración. En suma, estas tres categorías representan 67.8% de la población joven que se ocupa de manera informal.<sup>20</sup>

De acuerdo con estimaciones de Ciro Murayama, “si se toma el promedio de participación de los últimos cinco años, se obtiene que la participación de las personas de 14 a 19 años es de 31.74%, de 61.11% para las edades de entre 20 y 24 años y de 71.04% para las de 25 a 29 años”.<sup>21</sup>

Y agrega: “De los veinte millones de jóvenes que accederán a la edad adulta entre 2010 y 2019... si acaso uno de cada diez podrá contar en algún momento con un contrato de trabajo que cuente con todas las prestaciones de ley (1.4 millones)”.<sup>22</sup>

Si los anteriores no fueran datos preocupantes, habría que consignar además que durante la presentación del Panorama de la Educación 2013, la directora de gabinete de la OCDE Gabriela Ramos, dijo que el porcentaje de jóvenes de entre 15 y 29 años que no estudian ni trabajan es de 37.8%.<sup>23</sup>

Y con cifras del Instituto de Geografía, 35.7% de jóvenes de 15 a 19 años cuenta con al menos un grado aprobado a nivel medio superior (78.2% asiste a la escuela); mientras que en los ubicados en las edades de 20 a 24 años, no solo disminuye la proporción de aquellos que cuentan con escolaridad (27.3%), sino que la mayoría no asiste a la escuela (82%). “No asistir a la escuela se vuelve un rasgo muy particular de los jóvenes conforme avanza su edad: 77.1 y 92.7% de los jóvenes de 20 a 24 y 25 a 29 años cumplen con esta condición”, abunda el INEGI.<sup>24</sup>

Realidades más que elocuentes del desperdicio inaceptable del recurso más valioso del país representado por su población joven. Dada nuestra circunstancia, debería ser claro que para un auténtico proyecto de inclu-

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> Murayama, Ciro, “Juventud y crisis: ¿hacia una generación perdida”, <http://www.economia.unam.mx/publicaciones/nueva/econunam/pdfs/20/04ciromurayama.pdf>.

<sup>22</sup> *Idem.*

<sup>23</sup> *El Universal*, 25 de junio de 2013.

<sup>24</sup> INEGI, “Estadísticas...”, *cit.*, <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2013/juventud0.pdf>.

sión social y renovación productiva, que redunde en la consolidación democrática y sustente una nueva ruta modernizadora de la economía, es indispensable asumir como compromiso político fundamental la premisa de que la democracia y la economía deben incrustarse en la dimensión social; ser capaces de construir una nueva conversación productiva entre economía, política y sociedad, entre acumulación y distribución.

## VI. DE SALIDA: ALGO SOBRE “NUESTROS” LIBERALISMOS

El liberalismo político y el social, como lo llamara Jesús Reyes Heróles, no han sido ajenos al discurso político ni a la disputa por las alternativas de política económica y social para la nación. De hecho, han sido referencia obligada para la búsqueda de renovaciones del Estado y la sociedad. Así lo ilustran los varios ensayos políticos que, en el amanecer de la posrevolución reflexionaron sobre México y sus crisis.<sup>25</sup>

Desde nuestros orígenes políticos,<sup>26</sup> los liberales mexicanos se apartaron de sistemas abstractos y de principios absolutos; se alejaron del doctrinarismo dogmático, distinguiendo lo que hoy llamamos liberalismo, concepto ético-político centrado en torno a la libertad y al espíritu del liberalismo, del liberalismo económico, centrado en el libre cambio, la libertad de competencia, el dejar hacer y dejar pasar.

Se apartaron del librecambio y de la abstención del Estado en la vida económica, sosteniendo la necesidad de que éste coordinara e interviniese fomentando actividades productivas y protegiendo a los que por su debilidad podían ser oprimidos. Así empezaron a construir un liberalismo, celoso en lo que se refiere a las libertades espirituales y políticas del hombre; social, en cuanto se sabe que sólo protegiendo al débil éste puede alcanzar la verdadera libertad, y que sostiene las responsabilidades del Estado en la vida económica de la nación.

Seguir postulando que la apertura comercial y financiera ha sido y es el único camino para arribar a un México moderno, es no solo una utopía

<sup>25</sup> Cosío Villegas, Daniel, “La crisis de México”, *Cuadernos Americanos*, marzo de 1947.

<sup>26</sup> Discurso de Jesús Reyes Heróles en el aniversario de la Constitución de 1824, *Humanismo mexicano del siglo XX*, México, UAEM, 1994.

destruictiva sino una ruta corrosiva de las bases de cualquier evolución nacional. Quizá, ha sido la fe obtusa en las virtudes de un liberalismo económico extremo, bautizado como neoliberalismo y caracterizado por el uso indiscriminado de Hayek y su desmedida confianza en las virtudes de un mercado que nunca ha observado los requisitos elementales para producir resultados óptimos, la que nos tiene entrampados en este presente continuo que define la situación actual. Por eso, remover la semántica impuesta por el canon neoliberal, cambiar el lenguaje, la retórica y los términos de la ecuación que han gobernado nuestro mal desarrollo es una operación política y cultural indispensable.

Volver a lo básico no puede seguir queriendo decir volver al mercado, sino reconocer que lo importante es el factor humano y su situación material e intelectual. Que el trabajo es nuestra fuerza productiva más abundante, cuyas potencialidades inmediatas solo pueden materializarse en el empleo, en su calidad y remuneración. De lo que se trata es de poner a circular, de nueva cuenta, la noción de justicia social que nos legaron los esfuerzos renovadores de los liberales sociales del siglo XIX. No se trata de una prestidigitación semántica más, porque hacerlo implica desplegar vastos esfuerzos de redefinición de los objetivos nacionales y de los criterios para evaluar el avance en pos de su cumplimiento.

Nada de esto podrá lograrse sin un acuerdo en lo fundamental, como lo llamara Mariano Otero.<sup>27</sup> La cuestión es que este acuerdo supone un nuevo código que recoja las fuerzas y resultados, las contradicciones y las paradojas producidas por más de treinta años de cambio globalizador. Otero convocaba a “conciliar a todos los hombres, reunir a todos los partidos, sofocar el germen de todas las facciones, reconocer todos los intereses, dar garantía a todas las clases, atender un gran interés: el de la nación”. Pero eso implica darle a la nación un horizonte social que articule la redefinición de la República.

De aquí la necesidad ingente de devolverle a la justicia social su carácter constitucional de empresa común, para ser capaces de llevar a cabo una reforma social que ofrezca formas novedosas de racionalidad política, económica y cultural a la nación. Al final de cuentas, lo que está en juego es la capacidad política nacional con que se cuente para admitir que sin garantizar los derechos sociales y darles un horizonte universal y de cumplimiento efectivo, los otros atributos constitucionales del Estado están en entredicho.

<sup>27</sup> Cfr. Otero, Mariano, *Obras*, México, Porrúa (recopilación, selección, comentarios y estudio preliminar de Jesús Reyes Heróles), 1967. También Discurso en Congreso Constituyente de 1842.

## 37 AÑOS DE EVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA EN MÉXICO

Lorenzo CÓRDOVA VIANELLO\*

SUMARIO: I. *El papel de las reformas electorales.* II. *Las reformas de la apertura política.* III. *Las reformas de la construcción institucional.* IV. *Las reformas de la equidad en la competencia electoral.*

### I. EL PAPEL DE LAS REFORMAS ELECTORALES

El proceso de transición a la democracia ha pasado, esencialmente, por la modificación de las normas e instituciones electorales, así como por la modificación de los sistemas de integración de los órganos representativos para permitir reflejar en ellos la creciente diversidad política que, poco a poco, fue asentándose en el país.

Es cierto que ese proceso, eminentemente electoral, fue acompañado de transformaciones que se dieron en otras áreas de la estructura del Estado,<sup>1</sup> pero, en todo caso, se trató de situaciones aisladas y, que si bien, fueron importantes en sí, no tuvieron la continuidad ni la intensidad que, por el contrario, han tenido las distintas reformas electorales.

El proceso de cambio político-electoral arranca de manera clara en 1977 y se ha distinguido por su carácter continuo y paulatino. En efecto, ninguna de las reformas electorales que se efectuaron significó un cambio que se haya traducido en una ruptura radical con el pasado o

\* Consejero presidente del Consejo General del Instituto Nacional Electoral.

<sup>1</sup> Tal es el caso, por mencionar algunos ejemplos, de la creación de varios organismos autónomos como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (y sus homólogos estatales) o el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, de la concesión de autonomía y renovadas atribuciones al Banco de México, o también la trascendental reforma al Poder Judicial de 1994, con la que se ampliaron considerablemente las facultades en materia de control de la constitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que con las reformas de 2011 la consolidaron como instancia cúspide en el sistema de garantía de los derechos humanos.

que constituyera un momento fundacional particular. La transición a la democracia solo puede ser comprendida cabalmente si se la entiende como un proceso gradual en el que los cambios fueron presentándose parcialmente.

El proceso de transición a la democracia se ha articulado a través de ocho reformas electorales federales que fueron trazando la ruta del cambio a partir del énfasis que las mismas fueron poniendo en distintos aspectos de la representación política, en el diseño de las instituciones encargadas de organizar y calificar las elecciones, en los procedimientos electorales, así como en las condiciones y la calidad de la competencia democrática.

Cada una de esas transformaciones, que involucraron reformas tanto constitucionales como legales, tuvo objetivos específicos que, en términos generales, tendieron a reforzar los cambios que previamente se habían impulsado, o bien a introducir nuevas transformaciones que venían a sumarse a las que ya se habían concretado. De ahí el carácter gradual y paulatino del proceso de cambio político.

Las reformas electorales mencionadas son la de 1977, la de 1986, la de 1989-1990, la de 1993, la de 1994, la de 1996, la de 2007 y, finalmente, la de 2014. Estas se pueden clasificar, según sus efectos, en tres tipos: *a*) reformas de la apertura política; *b*) reformas de la construcción institucional, y *c*) reformas de la equidad en la competencia electoral.

## II. LAS REFORMAS DE LA APERTURA POLÍTICA

Las reformas electorales de la apertura política son aquellas que incorporaron vías y mecanismos de acceso para las fuerzas políticas y sociales que se encontraban excluidas en los procedimientos de formación de la voluntad colectiva.

Estas transformaciones permitieron garantizar la participación de la multiplicidad de intereses, ideologías, orientaciones, creencias, valores y opiniones existentes en el Estado mexicano, en los procedimientos de acceso, formación y ejercicio del poder político.

Las reformas de 1977 y 1986 establecieron mecanismos de apertura en el sistema de partidos políticos y en la conformación del Poder Legislativo. Actos que dieron origen a la transformación democrática del sistema político mexicano.

### 1. *La reforma de 1977*

Antes de 1977 en México prevalecía un régimen compacto y vertical, articulado en torno a la figura presidencial, que por su hermetismo resultaba refractario a la incorporación al mundo institucional de posturas políticas e ideológicas divergentes. Esa falta de cauces legales e institucionales, poco a poco, ante el lento pero paulatino crecimiento del pluralismo político, fue presentándose como un obstáculo que, en perspectiva, abría la posibilidad de estallidos sociales de consecuencias imprevisibles. De hecho, las manifestaciones de esas posturas contrarias al régimen y que difícilmente encontraban un espacio no disruptivo en el diseño institucional se evidenciaron a través de diversas luchas sindicales (iniciadas desde finales de la década de los cincuenta y particularmente desde la década de los setenta), movilizaciones y protestas públicas (sistemáticamente reprimidas), y del surgimiento de varios grupos guerrilleros urbanos y rurales durante las décadas de los sesenta y los setenta. Se trató de eventos cada vez más frecuentes, que pusieron en evidencia el agotamiento del sistema político existente y su incapacidad de incluir la creciente diversidad de la sociedad mexicana.

De manera paralela, la presencia de los partidos de oposición era prácticamente testimonial. Al ser una atribución exclusiva y arbitraria de la Secretaría de Gobernación el otorgar el registro a los partidos políticos nacionales, y dada la existencia de requisitos legales especialmente gravosos para poder aspirar a constituir un partido, en los hechos, el sistema estaba cerrado para la creación de nuevas fuerzas políticas. Así lo demuestra, de manera emblemática, el hecho de que el Partido Comunista Mexicano, fundado en 1919, hubiera estado marginado de la competencia electoral. Además, de los pocos partidos políticos que contaban con registro, solo el Partido Acción Nacional (constituido en 1939) podía considerarse una verdadera oposición; en efecto, resulta emblemático en ese sentido el hecho que desde 1958 y hasta 1976 los otros dos partidos opositores, el Partido Popular Socialista y el Partido Auténtico de la Revolución Mexicana, hubieran postulado invariablemente en las elecciones presidenciales al mismo candidato que el PRI.<sup>2</sup>

La intención de la reforma de 1977, fue expuesta de manera clara y simbólica por quien es reconocido como el autor intelectual de la misma,

<sup>2</sup> Esa tendencia sería mantenida por esos dos partidos incluso en las elecciones presidenciales que siguieron a la reforma de 1977, en 1982, cuando ambos volvieron a postular al mismo candidato del PRI.

Jesús Reyes Heróles, primer secretario de Gobernación del sexenio de José López Portillo. Para Reyes Heróles, la reforma política debía permitir "... que el Estado ensanche las posibilidades de la representación política, de tal manera que se pueda captar en los órganos de representación nacional el complicado mosaico ideológico nacional de una corriente mayoritaria, y pequeñas corrientes que, difiriendo en mucho de la mayoritaria, forman parte de la nación..."<sup>3</sup> La finalidad resultaba clara: permitir que esas minorías a las que se refería Reyes Heróles pudieran contar con una presencia significativa en los órganos de representación política.

En efecto, los ejes sobre los que se fundó la primera de las reformas electorales de la etapa de la transición a la democracia en México fueron fundamentalmente los siguientes:

- a) La incorporación del mecanismo de elección proporcional para elegir a una parte de los integrantes de la Cámara de Diputados (el 25%, es decir, 100 de los 400 diputados que a partir de entonces integraban a dicha Cámara), con lo se inaugura un sistema de elección mixto para la conformación de ese órgano legislativo.
- b) La posibilidad de que agrupaciones de ciudadanos obtuvieran su registro como partidos políticos a través del llamado "registro condicionado" (que era una opción mucho más flexible en términos de los requisitos exigidos para obtener el "registro definitivo"), mismo que implicaba que ese partido debía refrendar su registro en las elecciones, mediante la obtención de un porcentaje mínimo de votación (el 1.5% de los votos válidos).<sup>4</sup>
- c) El acceso a financiamiento público y a espacios estatales en los medios de comunicación.
- d) La posibilidad directa para que los partidos políticos nacionales pudieran participar en las elecciones estatales y municipales.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> *Reforma Política. Gaceta Informativa de la Comisión Federal Electoral*, México, t. I, abril-agosto de 1977, pp. XI-XII. Las cursivas son mías.

<sup>4</sup> La figura del registro condicionado tendría presencia intermitente en las diversas legislaciones electorales de la etapa de la transición: introducida en 1977, se suprimió con la reforma de 1986. En 1989-1990 volvió a instrumentarse y en 1996 desapareció definitivamente.

Por otra parte, vale la pena mencionar que el piso mínimo para mantener el registro como partido político se mantuvo en el 1.5% de la votación válida emitida, hasta que, con la reforma de 1996, se elevó hasta el 2% que sigue vigente actualmente.

<sup>5</sup> *Cf. Becerra, R. et al., La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, México, Cal y Arena, pp. 103 y ss.



La reforma de 1977 tuvo, para decirlo con una de las interpretaciones más sistemáticas y originales, un carácter desencadenante.<sup>6</sup> En efecto, permitió, por un lado, que el hasta entonces cerrado, estático y excluyente sistema de partidos se abriera dando entrada a nuevas fuerzas políticas, con lo que propició y estimuló la recreación de la pluralidad política e ideológica; por otro lado, consintió que los espacios representativos también se abrieran, dando así acogida de manera consistente a la oposición, incorporándola decididamente a la vida institucional del Estado.<sup>7</sup>

Los efectos de esta reforma fueron inmediatos: en los ocho años siguientes seis nuevos partidos políticos se incorporaron a la arena político-electoral,<sup>8</sup> la presencia de la oposición en la Cámara de Diputados fue consistente,<sup>9</sup> y el número de municipios ganados por los partidos opositores poco a poco se fue incrementando.<sup>10</sup>

## 2. La reforma de 1986

La reforma de 1986, siguió en términos generales con la lógica de apertura de la representación política. En efecto, el cambio más evidente al sistema

<sup>6</sup> Me refiero a la convincente interpretación planteada por Becerra, R. *et al.*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>7</sup> Para decirlo en palabras de Alonso Lujambio: "... la Cámara de Diputados se convirtió en el punto de encuentro por excelencia del conjunto de los partidos políticos y de sus cuadros dirigentes. Era una Cámara con una clara mayoría del PRI. Pero era el ámbito de la convivencia plural entre los grupos políticos... No es fácil imaginar qué hubiera pasado con la transición democrática de México sin ese ámbito de construcción de interlocutores, de reconocimiento mutuo entre actores políticos, de convivencia continua y difícil, pero a la postre productiva..." (Lujambio, A., *El poder compartido. Un ensayo sobre la democratización mexicana*, México, Océano, 2000, p. 33).

<sup>8</sup> Se trata del Partido Comunista Mexicano (1979, luego transformado, en 1982, en Partido Socialista Unificado de México), el Socialista de los Trabajadores (1979), el Revolucionario de los Trabajadores (1982), el Socialdemócrata (1982), el Mexicano de los Trabajadores (1985), todos ellos de izquierda, así como del sinarquista Partido Demócrata Mexicano (1979).

<sup>9</sup> En las tres elecciones realizadas bajo el régimen legal establecido con la reforma de 1977, los escaños obtenidos por la oposición fueron 106 en 1979, 101 en 1982 y 108 en 1985, sobre un total de 400 legisladores (Gómez Tagle, S., *Las estadísticas electorales de la reforma política*, México, Cuadernos del CES de El Colegio de México, 1990).

<sup>10</sup> En el periodo que va de 1979 a 1987 la oposición en su conjunto ganó un total de 135 elecciones municipales (*cf.* Lujambio, A., *op. cit.*, p. 80).

electoral implicó que el número de diputados elegidos mediante el principio de representación proporcional, mediante listas cerradas y bloqueadas, se duplicara para llegar a 200 legisladores, con lo que el tamaño de la Cámara aumentó para llegar a sus dimensiones actuales (500 diputados en total).

Además, los cambios de 1986 suprimieron la cláusula, hasta entonces existente, que impedía al partido que hubiera obtenido más del 60% de los votos participar en el reparto de las diputaciones de representación proporcional, que, en los hechos, había excluido al PRI de acceder a escaños asignados por ese principio. Se estableció también una cláusula de gobernabilidad, que tenía por finalidad impedir la subrepresentación del partido mayoritario en esa cámara, garantizándole que, al menos, contaría con un porcentaje de diputados igual al de su votación.

Esa reforma también inauguró un modelo de institucionalidad electoral que, si bien trajo consigo resultados acotados en ese momento, a la larga, devendría muy exitoso. Me refiero a la introducción de una instancia jurisdiccional, el Tribunal de lo Contencioso Electoral (Tricoel), ubicada todavía dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, ante el cual era posible impugnar las resoluciones de la autoridad administrativa encargada de la organización de los comicios. Sin embargo, la calificación final de las elecciones quedaba todavía en manos de instancias políticas, los llamados “colegios electorales”, conformados en el seno del Congreso de la Unión, con lo cual la construcción de un arbitraje electoral objetivo e imparcial tenía aún un largo camino por recorrer. A pesar de ello, la introducción del Tricoel tuvo la virtud de marcar la ruta por la que transitaría en el futuro inmediato el proceso de resolución de controversias electorales.

Uno de los cambios más desafortunados de 1986 fue la modificación de la integración de la Comisión Federal Electoral, pues la participación de los partidos políticos en su seno pasó de ser igualitaria a proporcional a su votación, con lo que la presencia del PRI se volvió determinante: de los 31 integrantes de la autoridad electoral, 16 eran representantes de ese partido, quienes, teniendo derecho de voto, tenían el control absoluto de las decisiones. Ese fue el órgano que tuvo en sus manos la organización de la controvertida elección de 1988, la cual estuvo marcada por el desaseo y la falta de certeza en relación con los resultados electorales.

### III. LAS REFORMAS DE LA CONSTRUCCIÓN INSTITUCIONAL

Las reformas de la creación institucional son aquellas que diseñaron la estructura, integración, competencia, facultades, atribuciones y obligaciones de las autoridades electorales de índole administrativa y jurisdiccional.

Estas transformaciones legales, además, definieron las bases de los procedimientos relativos al padrón electoral, credencial de elector, fiscalización, financiamiento, acceso a radio y televisión, capacitación electoral, organización electoral, entre otros.

Las reformas electorales de 1989-1990, 1993 y 1994 fueron el cimiento fundacional, institucional y normativo del Instituto Federal Electoral y del Tribunal Federal Electoral.

### 1. *La reforma de 1989-1990*

La elección de 1988 constituye un quiebre en la historia política del país. La oposición de izquierda abanderó como candidato presidencial a un reconocido miembro de la clase política priista, Cuauhtémoc Cárdenas, quien se había escindido junto con otros destacados militantes de las filas del así llamado “partido oficial”. Ello le dio renovados bríos y unidad a la hasta entonces fragmentada izquierda mexicana para alcanzar, según las cifras oficiales, el 30% de la votación.

Sin embargo, la sombra del fraude electoral caracterizaría los comicios de ese año, opacando dramáticamente el proceso de reforma política iniciado once años atrás. Las dudas en torno a los resultados, producto de la total opacidad en el manejo de las cifras, de su injustificado retraso (en esa elección se dio el tristemente célebre episodio cuando “calló” el sistema de cómputo de resultados), así como la virtual exclusión del principal candidato opositor de los medios de comunicación, son solo algunas de las causas que provocaron la debacle del modelo institucional electoral que había prevalecido hasta entonces.

Las consecuencias del proceso electoral de 1988 son dobles: por un lado, encontramos un consistente crecimiento de la oposición en el país, particularmente de la izquierda, que permitió la llegada de los primeros legisladores opositores al Senado, así como terminar con el monopolio de la mayoría calificada al PRI en la Cámara de Diputados (mayoría que jamás volvería a alcanzar y que obligaba al partido en el gobierno a tener que pactar, consecuentemente, toda reforma constitucional, visto el procedimiento agravado de dos tercios que conlleva). Por otro lado, a partir de entonces se evidenció la gran urgencia de contar con autoridades imparciales e independientes, necesidad que marcaría profundamente el sentido de las reformas electorales por venir.

Desde el punto de vista político, si bien el PRI siguió manteniendo el control de ambas cámaras, el tradicional modo de hacer política cam-

bió sustancialmente; la crisis de legitimidad que acarreó el cuestionado proceso electoral del que resultó elegido presidente, le planteó a Carlos Salinas de Gortari la necesidad de instrumentar intensas políticas de asistencia y de inversión social y, paralelamente, de pactar con el Partido Acción Nacional (PAN) el éxito de una serie de profundas reformas constitucionales, entre las que se encontraría, precisamente, el futuro diseño del sistema electoral.

De manera paralela, la presencia de los partidos de oposición en el país se hacía cada vez más consistente. El triunfo del PAN en las elecciones para gobernador de Baja California de 1989 y la multiplicación exponencial de los municipios gobernados por la oposición en los años siguientes son la prueba de la profundidad del cambio que se estaba operando en el país.<sup>11</sup>

La reforma de 1989-1990 significó una serie de cambios de gran calado en el diseño de las instituciones y en los procedimientos electorales mexicanos. Por una parte, la organización de los procesos electorales fue encomendada a un nuevo órgano que sustituyó a la desacreditada Comisión Federal Electoral. A diferencia de su antecesora, que se ubicaba dentro de la órbita de la Secretaría de Gobernación, la nueva institución, el Instituto Federal Electoral (IFE), se concibió como un órgano constitucional autónomo,<sup>12</sup> en cuya integración, en primera instancia, participaban el Poder Ejecutivo (a través del secretario de gobernación, que seguía presidiendo al organismo), el Poder Legislativo, los partidos políticos y un conjunto de ciudadanos que no representaban intereses partidistas.<sup>13</sup> En

<sup>11</sup> Alonso Lujambio subraya claramente el crecimiento de la presencia de la oposición en el nivel municipal a partir de 1988 y, sobre todo, en los primeros años de los noventa (*op. cit.*, pp. 82 y ss.).

<sup>12</sup> Se trata de una figura que a lo largo las últimas décadas fue instrumentada con éxito en diversos campos de la vida pública y que implica organismos estatales que se encuentran fuera de los tradicionales poderes del Estado. Tal es el caso del Instituto Federal Electoral, del Tribunal Federal Electoral (antes de que se incorporara al seno del Poder Judicial como un órgano especializado en 1996), el Banco de México, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática y más tarde del Instituto Federal de Telecomunicaciones y del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental, entre otros.

<sup>13</sup> A partir de 1990 y hasta la reforma de 1994, el Consejo General, máximo órgano de dirección del IFE, se integró por el secretario de gobernación, quien presidía esa instancia, dos senadores (uno de la bancada parlamentaria más numerosa y otro de la que le seguía), dos diputados (designados mediante el mismo criterio que los senadores), representantes de los partidos políticos en un número que iba de uno a

efecto, a partir de entonces se introdujo una tendencia que poco a poco se intensificaría: la llamada “ciudadanización” del órgano electoral, que implicaba que personas sin ninguna dependencia partidista formaran parte de todas las instancias que conformaban al IFE, desde las mesas receptoras del voto hasta los cuerpos colegiados de dirección del Instituto.

La reforma de 1989-1990 marca también el inicio de la profesionalización de la organización de las elecciones, al establecerse desde la Constitución y la ley la presencia de un servicio civil de carrera de los funcionarios del IFE, que de esta manera fueron sometidos a un concurso de incorporación y a evaluaciones periódicas. La intención fue clara: proporcionar al IFE de un cuerpo técnico que por su especialización contribuyera a inyectar certeza y confianza en la organización y desarrollo de los procesos electorales.

Al lado del IFE se estableció al Tribunal Electoral (Trife), que tenía la función de revisar la legalidad de los actos de la autoridad electoral administrativa federal. Si bien no se trataba todavía de una última instancia en términos de la calificación de los comicios, sí se trataba de un órgano con total autonomía, que garantizaba que la actuación del IFE se ciñera a los procedimientos y a los principios establecidos en la Constitución y la ley. Se trató de un consistente paso hacia la plena judicialización de los conflictos político-electorales que culminaría años más tarde.<sup>14</sup>

La reforma de 1989-1990 introdujo modificaciones sustanciales también en los procedimientos electorales. Nuevas reglas, más claras y precisas, fueron la ruta seguida por las reformas en la década de los noventa, al grado de que la legislación electoral llegó a convertirse en una auténtica “carta de navegación” en la que paso a paso se detalla la organización de los procesos electorales por parte del IFE. Un ejemplo de esas nuevas reglas son la determinación de construir un nuevo padrón electoral

cuatro como máximo dependiendo del porcentaje de votación obtenido en la última elección de diputados, y seis consejeros magistrados, que eran funcionarios que debían reunir los mismos requisitos que los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que eran nombrados por la Cámara de Diputados a propuesta del presidente de la República (estos consejeros buscaban ser la componente ciudadana en el Consejo), todos ellos con derecho a voto.

<sup>14</sup> Sobre el proceso de judicialización de la política, véase, en particular, Orozco, J. J., *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa-UNAM, 2006, en especial pp. 1 y ss. y 331 y ss.; Woldenberg, J., “Orígenes, función y perspectivas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, en varios autores, *Testimonios sobre el desempeño del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y su contribución al desarrollo político democrático de México*, México, TEPJF, 2003, pp. 345-366.

desde cero, incluyendo numerosos candados y mecanismos de supervisión por parte de los partidos políticos para garantizar la confiabilidad del listado de electores, además de que éste sería la base para expedir una identificación que permitiría a los ciudadanos ejercer su voto. Un ejemplo más lo constituye el proceso de selección de los ciudadanos que integrarían las mesas directivas de casilla para recibir el voto durante las elecciones; se trató de un mecanismo que a través de una insaculación permitía determinar aleatoriamente a los ciudadanos encargados de esa delicada tarea, sin sesgos ni dudas que empañaran la confianza en el proceso electoral. Otro ejemplo es que a partir de ese año se redefinió el esquema del financiamiento público, estableciendo por primera vez con claridad sus modalidades y la manera de calcularlo.

También el sistema electoral y los mecanismos de integración del Congreso de la Unión sufrieron modificaciones. En relación con la integración de la Cámara de Diputados, la reforma de 1989-1990 estableció una nueva modalidad de la llamada cláusula de gobernabilidad mediante la cual le garantizaba al partido mayoritario una mayoría absoluta; en efecto, en caso de haber obtenido más del 35% de la votación total, al partido más votado le sería asignado el número de diputados de representación proporcional que fueran necesarios para alcanzar el 50% más uno de los 500 miembros de la Cámara. Pero además, el premio de mayoría se alimentaba de un mecanismo denominado “escala móvil”, el cual implicaba que, adicionalmente a los legisladores otorgados mediante la cláusula de gobernabilidad, el partido mayoritario recibía dos diputados adicionales por cada punto porcentual de la votación que hubiera obtenido por arriba del 35%. Se trataba de mecanismos que, sobra decirlo, provocaban una distorsión importante en la votación al favorecer de manera evidente al partido más votado, si bien es cierto que también se estableció un techo de representación al permitir que un partido político pudiera tener un máximo de 350 diputados.

Aun cuando la reforma de 1989-1990 sirvió para revertir en gran medida la desconfianza en torno a las elecciones, desbordada en 1988, todavía quedaban en el tintero muchas de las demandas de cambio que planteaba la oposición y una sociedad civil cada vez más participativa y atenta a los procesos de cambio político. No obstante, la ruta finalmente aparecía clara y las reformas posteriores tuvieron por objeto modelar el diseño electoral que se había introducido entonces.

## 2. *La reforma de 1993*

En 1993 nuevamente volvieron a cambiarse las normas tanto constitucionales como legales que regían el sistema electoral del país. La integración y estructura de las autoridades electorales prácticamente quedaron invariadas.<sup>15</sup> No ocurrió lo mismo con sus atribuciones, dado que recibieron nuevas y muy importantes facultades. Por su parte, el IFE tuvo a su cargo la función de fiscalizar, por primera vez en nuestra historia, los recursos de los partidos políticos, verificando que éstos cumplieran con las disposiciones en materia de financiamiento, tanto por lo que hacía al destino de sus recursos como a los recién introducidos límites y prohibiciones en el origen de los recursos de tipo privado que se allegaban y, en caso contrario, dictaminar para que las salas del Tribunal Federal Electoral aplicaran las sanciones correspondientes.

Cabe señalar que la fiscalización de los recursos —introducida en 1993— fue en una primera etapa (hasta 1996) muy acotada, pues se limitaba a verificar los datos que los partidos hacían del conocimiento del IFE a través de informes anuales (referidos a sus ingresos y egresos para actividades ordinarias) y de Informes de campaña (en donde reportaban los fondos recabados y gastados en cada campaña electoral), careciendo de mecanismos de auditoría y de compulsas para constatar que lo reportado por los partidos efectivamente coincidía con su realidad financiera. Si bien las capacidades fiscalizadoras del IFE, eran bastante limitadas, tuvieron la enorme virtud de permitir conocer, por primera vez, gracias a la revisión de los informes anuales y de campaña de los partidos, las dimensiones de los recursos, públicos y privados, que fueron utilizados en las campañas electorales del año siguiente, así como las enormes asimetrías de gasto que prevalecían entonces.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> La única modificación que sufrió el IFE fue que en cada uno de los consejos locales y distritales (la estructura de decisión en cada uno de los estados de la Federación y en cada uno de los trescientos distritos uninominales para elegir diputados de mayoría relativa) el número de consejeros ciudadanos aumentó de seis a nueve. Por su parte, al Tribunal Federal Electoral se le agregó una Sala de Segunda Instancia, cuyas resoluciones eran definitivas e inatacables, ante la cual podían impugnarse las resoluciones de las salas regionales.

<sup>16</sup> De acuerdo con la Comisión de Consejeros Ciudadanos encargada de fiscalizar los gastos de campaña de 1994, en las elecciones presidenciales de ese año el PRI dispuso del 71.4% del total del dinero gastado, el PAN 17.8%, el PRD 6.05%,

Por su parte, la reforma de 1993 hizo recaer en el Tribunal Federal Electoral la trascendental función de calificar las elecciones de diputados y senadores, que a partir de entonces dejó de ser un proceso político y devino plenamente jurisdiccional, con lo que quedó en sus manos decir la última palabra en los procesos electorales para elegir a los legisladores federales. De esta manera, y a partir de entonces, los procesos electorales serían resueltos en una instancia judicial, y con base en reglas y principios procesales, ante la cual las partes en disputa (candidatos y partidos políticos) podrían exponer sus argumentos y presentar sus pruebas, con la certeza de que serían ponderados y valorados a partir de criterios jurídicos y no ya políticos, como había venido sucediendo anteriormente.

Otro aspecto que vale la pena subrayar fue que la reforma de 1993 introdujo una vieja demanda de los partidos opositores y de varios movimientos sociales que buscaban colaborar en la transparencia electoral: la figura de los observadores electorales. Si bien —en un primer momento— la observación estaba restringida a los ciudadanos mexicanos, a título individual y solo el día de la jornada electoral (el año siguiente se modificarían estas limitaciones), se trató de un gran avance si se piensa en las reticencias que hasta entonces habían existido en su contra.

Por último, la reforma en comento estableció una verificación integral del padrón electoral con la finalidad de garantizar su cobertura y confiabilidad que se sumó a la decisión adoptada el año previo de expedir un nuevo documento de identificación ciudadana: la credencial para votar con fotografía, que rápidamente se consolidó como una de las piedras angulares del blindaje legal de las elecciones en contra del fraude.

Probablemente, el cambio más trascendente de la reforma de 1993 tuvo que ver con la integración de los órganos representativos. Hasta ese momento, el Senado de la República había permanecido prácticamente intocado; solo en 1986 se acordó que habría una renovación por mitades cada tres años, debiendo elegirse en cada elección a un senador por entidad federativa. Sin embargo, la necesidad de inyectar pluralidad a ese órgano legislativo, en donde la presencia de la oposición había sido marginal, hizo que para 1993 se aprobara duplicar su tamaño, pasando de 64 legisladores a 128, y se adoptara una fórmula mixta basada en el sistema electoral mayoritario. En efecto, se estableció que en cada uno de los 32 estados se elegiría a cuatro legisladores, tres de los cuales serían asignados al partido que mayor votación hubiera obtenido, y el senador

el PT 1.15%, el PDM 1.02%, el PPS 0.9%, el PFCRN 0.87%, el PVEM el 0.56% y el PARM 0.24% (*cf.* Becerra, R. *et al.*, *op. cit.*, pp. 371 y 372).



restante correspondería al segundo partido en votación mediante el llamado mecanismo de “primera minoría”. Con ello se garantizaba que, al menos, 32 senadores, es decir, la cuarta parte de ese órgano legislativo, estarían reservados para los partidos de oposición. Se trató, hay que decirlo, de un sistema que continuaba premiando al partido mayoritario con una importante sobrerrepresentación, pero que abrió la puerta a que también en el Senado de la República se reflejara la creciente diversidad política que para entonces ya atravesaba el país. Esos cambios trajeron consigo que se abandonara la idea de renovar por mitades al Senado y se volviera a una renovación total cada seis años.

### 3. *La reforma de 1994*

Sin embargo, y a pesar de su alcance, las reformas de 1993 no fueron suficientes para encarar las elecciones presidenciales del año siguiente, en virtud del enrarecimiento del ambiente político como consecuencia de los sucesos de violencia que caracterizaron los primeros meses de 1994.

La aparición pública del Ejército Zapatista de Liberación Nacional el 10. de enero —con el que, al cabo de algunas semanas de enfrentamientos, el gobierno entabló un proceso de diálogo—, a la que seguiría un par de meses más tarde el asesinato de Luis Donaldo Colosio, candidato presidencial del PRI, provocó que desde el primer mes del año los partidos políticos acordaran promover una serie de compromisos que se instrumentarían en reformas y acciones desarrolladas en tres niveles: legal, gubernamental, y a partir de acuerdos del Consejo General del propio IFE.<sup>17</sup> Esos compromisos derivaron algunos meses más tarde en una reforma de emergencia que permitiera encarar las elecciones presidenciales en el convulso ambiente que se había generado ese año.

Los cambios que se instrumentaron con la reforma de 1994 se centraron en mecanismos que permitieran realizar un proceso electoral lo más cierto, transparente y confiable posible. En primer lugar se modificó sustancialmente la integración del IFE, en donde todos los partidos políticos pasaron a tener una representación unipersonal y perdieron el derecho a voto; además, se sustituyó la figura de los seis consejeros magistrados —introducidos con la reforma de 1989-1990— por un igual número de “consejeros ciudadanos”. El Consejo siguió estando presidido por el secretario de gobernación y también subsistieron los cuatro consejeros del

<sup>17</sup> Cfr. Carpizo, J., “La reforma electoral de 1994”, en Alcocer, J. (coord.), *Elecciones, diálogo y reforma. México: 1994*, México, Nuevo Horizonte-CEPNA, 1995.

Poder Legislativo (uno de la mayoría y otro de la primera minoría de cada una de las cámaras, mismos que integraban el órgano desde sus orígenes en 1990), quienes tenían derecho de voz y voto; pero en términos de la capacidad de decisión, el conjunto de los seis consejeros ciudadanos tenía posibilidades de imponerse a estos cinco funcionarios (suponiendo que votaran juntos, lo que terminó ocurriendo prácticamente todas las ocasiones), con lo cual, por primera vez, se garantizó la posibilidad de que en el órgano electoral prevalecieran posturas imparciales por encima de los intereses partidistas o del gobierno.<sup>18</sup>

Con esos cambios el proceso de “ciudadanización” de los órganos electorales dio una importantísima vuelta de tuerca. En segundo lugar, se modificó sustancialmente la recién introducida figura de los observadores electorales, al permitirse la posibilidad de que las tareas de observación pudieran ser realizadas por ciudadanos en lo individual, o bien, agrupados en organizaciones de observadores; también se permitió que pudieran observarse todas las fases del proceso electoral (preparación, jornada electoral y solución de impugnaciones y calificación de las elecciones), y no solo el día de la elección, como estaba previsto hasta entonces. Además, se permitió la observación internacional a través de la figura legal de los visitantes extranjeros.

#### IV. LAS REFORMAS DE LA EQUIDAD EN LA COMPETENCIA ELECTORAL

Las reformas que siguieron fueron instrumentadas para eliminar las conductas, hechos, elementos y circunstancias de índole legal, partidista, institucional, gubernamental, empresarial, televisiva, radiofónica y ciudadana, que distorsionaban las reglas del juego electoral a favor de un partido político o candidato, y en consecuencia, alteraban las bases de equidad en la contienda política-electoral.

Este propósito de inyectar un piso de equidad más sólido caracterizó a las tres últimas reformas electorales (1996, 2007-2008 y 2014).

<sup>18</sup> En los hechos, el secretario de gobernación durante 1994, Jorge Carpizo, declinó ejercer su derecho de voto en el Consejo General salvo en ocasiones en las que el mismo tenía un valor simbólico, como la validación del renovado padrón electoral el 20 de julio de 1994 (cfr. *Memoria del proceso electoral federal de 1994*, México, IFE, 1995, pp. 137 y ss.).

### 1. *La reforma de 1996*

Tal como lo demostró el primer ejercicio de fiscalización a las finanzas partidistas durante las campañas presidenciales y legislativas de 1994, el problema se centró en la profunda inequidad que caracterizó la competencia electoral, como lo reconoció el presidente surgido de la misma, Ernesto Zedillo, en su discurso de toma de posesión el 1o. de diciembre de ese año, al anunciar la necesidad de promover lo que llamó una “reforma electoral definitiva” que atendiera esa nueva generación de problemas.

El proceso de negociación de una nueva reforma electoral, misma que se dio en el marco de una de las más profundas crisis económicas de la historia del país, culminó a mediados de 1996.

La reforma de 1996 se centró en cuatro ejes fundamentales: 1) la revisión de la estructura y de las funciones de los dos órganos electorales (la autoridad administrativa y la jurisdiccional); 2) la renovación de las condiciones de la competencia; 3) establecimiento de nuevas reglas para integrar al Poder Legislativo (particularmente al Senado), y 4) la reforma al régimen de gobierno del Distrito Federal.

Por lo que hace a los órganos electorales, tanto el IFE como el Tribunal Electoral sufrieron importantes transformaciones. Por su parte, el IFE vio modificada radicalmente la integración del Consejo General. A partir de 1996, el Poder Ejecutivo dejaría de tener presencia en dicho órgano y la presencia del Poder Legislativo también se modificaría. En su nueva composición, el Consejo se integró por un consejero presidente y ocho consejeros electorales, elegidos por la mayoría calificada de dos terceras partes de la Cámara de Diputados a propuesta de los grupos parlamentarios de la misma, quienes serían los únicos integrantes con derecho a voto; además se designaba a un consejero del Poder Legislativo por cada grupo parlamentario, y un representante por cada partido político. Desde entonces, el poder de decisión en el Consejo General reside exclusivamente en el presidente y en los consejeros electorales.

Por su parte, el Tribunal Electoral fue objeto de una cirugía mayor, tanto en su estructura y ubicación constitucional, como por lo que hace a sus atribuciones. En primer lugar, dejó de ser un órgano autónomo y pasó a integrarse al Poder Judicial de la Federación como un órgano especializado. En segundo lugar, se estableció que los magistrados que lo integran serían nombrados por el voto de las dos terceras partes del Senado a partir de ternas que le serían propuestas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En tercer lugar, la Sala de Segunda Instancia devino Sala Superior con carácter permanente y sus cinco salas regiona-

les temporales, pues se instalan solo durante los procesos electorales, entrando luego en receso. En cuarto lugar, el Tribunal dejó de ser un mero controlador de la legalidad para vigilar también la constitucionalidad de los actos de las autoridades electorales. En quinto lugar, se extendió a todas las autoridades electorales del país el control de constitucionalidad por parte del Tribunal Electoral, con lo que *de facto* se convirtió en la última instancia para revisar la validez de las elecciones federales, estatales y municipales. En sexto lugar, se le dio competencia para calificar ya no solo las elecciones de diputados y senadores, sino también las elecciones de presidente de la República. Por último, se instrumentó un recurso que podía ser interpuesto por los ciudadanos para impugnar ante la Sala Superior, actos de autoridades electorales que violaran derechos político-electorales del ciudadano.<sup>19</sup>

De manera adicional, la reforma de 1996 también modificó las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para incorporar dentro de la Acción de Inconstitucionalidad (un mecanismo de control abstracto de la constitucionalidad de leyes y normas de carácter general que permite declararlas inválidas si no están conformes con la Constitución y que se había creado dos años antes) la posibilidad de impugnar leyes electorales federales o locales que violen los principios y los dictados de la Constitución federal.<sup>20</sup>

También las condiciones de la competencia fueron objeto de una profunda revisión con el propósito de generar condiciones más equitativas en los procesos electorales. Por una parte, se estableció un nuevo equilibrio entre los recursos públicos que se otorgaban a los partidos políticos y los recursos de origen privado, debiendo prevalecer los primeros sobre los segundos.

De manera paralela, se estableció una nueva fórmula para calcular la bolsa total de dinero que por la vía de prerrogativas el Estado entregaría

<sup>19</sup> Se trató del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, que constituyó una innovación no menor, pues, hasta ese momento, el único recurso a disposición de los ciudadanos para contrarrestar actos de autoridad violatorios de derechos había sido el juicio de amparo, pero que, por disposición expresa de la ley de la materia (artículo 73 de la Ley de Amparo) y en virtud de un añejo criterio de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dicho juicio no procedía en materia electoral, por lo que en este ámbito los ciudadanos estaban en una total desprotección.

<sup>20</sup> Dicho recurso puede ser interpuesto ante la Suprema Corte por el 33% de los legisladores de alguna de las cámaras del Congreso de la Unión (o el 33% de los legisladores de un Congreso local cuando se impugne una ley electoral local), o por el procurador general de la República, o por un partido político nacional (o por un partido político local cuando se impugne una ley electoral local).

a los partidos para financiar sus actividades ordinarias, así como un mecanismo de distribución equitativo (el 30% de esos recursos se entregaría a los partidos de manera igualitaria y el 70% restante de manera proporcional a su última votación de diputados). Además, durante los años en los que se realizaran elecciones federales los partidos recibirían un tanto igual más para financiar sus actividades de proselitismo, y también recibirían un reembolso por los gastos realizados en materia de investigación, estudios y capacitación de cuadros.

Los recursos privados que los partidos lícitamente podían recibir también fueron revisados (concretamente se ajustaron a la baja los montos permitidos de los donativos de simpatizantes y se eliminó la posibilidad de recibir aportaciones anónimas) y se reiteraron las fuentes prohibidas que se habían establecido desde la reforma de 1993.

Paralelamente, las facultades de fiscalización y control de recursos del IFE se reforzaron al posibilitarlo para realizar auditorías, visitas de verificación, pedir informes detallados (además de los informes anuales y de campaña que ordinariamente le deben entregar los partidos), así como iniciar procedimientos de oficio y conocer las quejas que los partidos y ciudadanos (involucrados así en una especie de control recíproco) le presentaran.<sup>21</sup>

También se redefinieron las reglas de acceso a los medios de comunicación, al establecer que los partidos contarían con programas permanentes en radio y televisión, así como con una cantidad de *spots* que el IFE gestionaba y ponía a su disposición durante las campañas electorales (además de la contratación que podían realizar los propios partidos políticos).

El sistema electoral para integrar a las cámaras legislativas federales también sufrió cambios en 1996. Por una parte, se redujo el límite máximo de diputados que un partido podía tener por ambos principios (mayoría relativa y representación proporcional) para quedar en 300 legisladores; además, se estableció un tope de sobrerrepresentación en la Cámara de Diputados del 8% del porcentaje de presencia en dicha Cámara respecto del porcentaje de votación obtenido por ese partido.

Por otra parte, si bien se mantuvo el número de 128 senadores, el número que sería elegido en cada una de las 32 entidades federativas se

<sup>21</sup> Sobre la evolución de la fiscalización electoral en México véase Córdova, L., “Los desafíos de la fiscalización electoral de cara al 2006”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LVI, núm. 245, enero-julio de 2006, pp. 33-59; Córdova, L. y Murayama, C., *Elecciones, dinero y corrupción. Pemexgate y Amigos de Fox*, México, Cal y Arena, 2006.

redujo a tres (dos asignados al partido más votado y uno a la primera minoría), mientras que los restantes 32 legisladores se elegirían a través del sistema electoral proporcional mediante listas cerradas y bloqueadas en una única circunscripción en el país.

Finalmente, la reforma de 1996 modificó la manera de designar a los funcionarios que encabezaban la administración pública del Distrito Federal (hasta entonces departamento administrativo), que hasta ese momento había sido competencia del presidente de la República, para pasar a ser elegidos mediante voto popular y directo (el jefe de gobierno del Distrito Federal y los 16 jefes delegacionales). Por otra parte, la Asamblea de Representantes (creada en 1986), que tenía competencia reglamentaria, pasó a ser Asamblea Legislativa, con lo que se dio un paso adelante en su conversión en un Parlamento local en plena forma (tarea todavía inconclusa y que depende de un revisión integral del estatuto constitucional de la capital del País.)

La reforma de 1996 generó un periodo de relativa estabilidad política. De hecho ha sido la reforma que propició el marco normativo que ha regulado más procesos electorales (cuatro de ellos: 1997, 2000, 2003 y 2006). Además, se trató de la reforma a cuyo amparo se materializaron en México fenómenos típicamente democráticos, como la alternancia en la presidencia de la República, la falta de mayorías predefinidas en las cámaras del Congreso de la Unión, elecciones con resultados cerrados, “gobiernos divididos”, entre otros muchos.

Sin embargo, esa estabilidad normativa permitió evidenciar, y a la postre potenciar, una serie de problemas, tales como la presencia de lagunas legales frente a fenómenos nuevos no previstos por la legislación, o bien la insuficiencia de los alcances de las normas (como ocurrió con las facultades de fiscalización del IFE que no comprendieron la posibilidad de éste de trascender los secretos bancario, fiduciario y fiscal, y el largo litigio judicial que se derivó en consecuencia), o los efectos no queridos por las normas (como es el caso del crecimiento exponencial del financiamiento público para los partidos políticos, al ser el número de éstos con presencia en el Congreso de la Unión un multiplicador de la bolsa de dinero a repartir).

## *2. La reforma de 2007-2008*

El inédito escenario de la elección presidencial de 2006 fue producto de una elección reñida y, al cabo, resuelta con un margen muy estrecho de votos

(apenas 233 000 votos de diferencia, el 0.56% de la votación total),<sup>22</sup> provocó que una serie de problemas y circunstancias que en el pasado no habían tenido una mayor trascendencia, ahora cobraran una magnitud y un peso decisivos.

Una elección en la que las diferencias de votos entre el ganador y su principal contendiente son mínimas, naturalmente provoca que los eventuales errores u omisiones legales adquieran una notoriedad y un carácter determinante que en otro contexto no tendrían. La principal novedad de ese proceso electoral reside, efectivamente, en que las circunstancias que el mismo fue produciendo, terminaron por funcionar como una especie de lente de aumento que hizo que adquirieran una enorme relevancia todos los detalles, por mínimos que fueran.

El contexto político de la elección de 2006 resultó tierra fértil para que el discurso de la desconfianza proliferara y lograra erosionar de manera importante la confianza ciudadana que había logrado construir a lo largo de la década y media pasada. Si un afán exhaustivo, sino meramente sistemático, enumero a continuación una serie de características que marcaron la elección de 2006 y que inevitablemente gravitaron en el ánimo y en las intenciones del legislador de cara a la reforma de 2007-2008:<sup>23</sup>

- a) Las elecciones de 1996 se desarrollaron en un ambiente político sumamente polarizado. De hecho el enrarecimiento del mismo venía gestándose desde antes del inicio formal del proceso electoral. El episodio del desafuero de López Obrador en el año anterior a la elección, marca el tono de confrontación política con el que se desarrollaría la contienda por la Presidencia. La abierta utilización del aparato de justicia para impedir la postulación de quien para entonces se perfilaba claramente como el principal candidato de la oposición a la primera magistratura (reconocida cínicamente en diversas declaraciones a la prensa por Vicente Fox, tiempo después de haber dejado el poder), abrió las puertas a una lógica en la parecía valerse de todo.

<sup>22</sup> Los resultados finales de la elección presidencial de 2006 arrojan una votación para Felipe Calderón, candidato del gobernante Partido Acción Nacional, de 15,000,284 votos (el 35.89% del total), seguido por Andrés Manuel López Obrador, candidato de la Coalición por el Bien de Todos, que obtuvo 14,756,350 votos (el 35.31%). Las cifras oficiales pueden consultarse en: <http://www.ife.org.mx/documentos/Estadisticas2006/presidente/nac.html>.

<sup>23</sup> Un análisis de las elecciones de 2006 desde diversas perspectivas puede encontrarse en Peschard, Jacqueline (coord.), *2 de julio. Reflexiones y alternativas*, México, UNAM, 2007.

- b) Una segunda característica tiene que ver con la irresponsabilidad con la que se condujeron buena parte de los actores políticos y sociales que intervinieron directamente en la contienda. En primer lugar destacan, por supuesto, los partidos políticos y sus propios candidatos, quienes con frecuencia actuaron pasando por alto los límites y las prevenciones que tanto la autoridad electoral como la lógica de una sana contienda democrática imponían. El denuesto recíproco y el desconocimiento de éstos al trabajo de las autoridades marcaron de manera significativa el comportamiento de los partidos durante el proceso electoral.
- c) Las estrategias centradas en una abierta campaña de descalificación de sus adversarios son otra característica de la elección de 2006. Las campañas de denigración se convirtieron, de manera inédita, en el eje principal de las estrategias políticas de cara a la elección. Ese hecho colocó a las autoridades electorales en el delicado papel de tener que interpretar constantemente si los límites legales se estaban violando o no, al grado que la profusión de esas campañas provocaron que el Tribunal Electoral resolviera que el IFE podía instaurar procedimientos especiales (análogos a los previstos en la ley pero mucho más expeditos) que le permitieran enfrentar con rapidez los asuntos relativos a las “campañas negativas” y ordenar, en su caso, la suspensión de la propaganda que excediera los límites legales.
- d) Por otra parte, a lo largo de las campañas electorales de 2006 la intervención de diversos actores ajenos a la contienda propició un enconado debate que a la larga se tradujo en elementos de impugnación del proceso en su conjunto y respecto de los cuales el Tribunal Electoral se pronunció en su dictamen final. Esos actores son, en breve: *a)* la Presidencia de la República, que desplegó una intensísima campaña publicitaria en la que se exaltaban los logros conseguidos y se alertaba sobre los riesgos (maximizándolos) de “cambiar el rumbo” político del país; *b)* la intervención de grupos empresariales que contratando una amplia campaña de publicidad en medios electrónicos (situación prohibida por la ley) apoyaron al candidato del partido en el gobierno y atacaron claramente al principal candidato de oposición; *c)* la campaña de un *outsider*, un pretendido candidato independiente —figura no reconocida en el ámbito federal—, el empresario farmacéutico Víctor González Torres, mejor conocido como el “Dr. Simi”, que abiertamente se pronunció en contra del candidato de la Coalición por el Bien de Todos (integrada por los partidos de la Revolución Democrática, del Trabajo y Convergencia).



- e) Otro elemento característico de la elección es el de los continuos errores de comunicación social cometidos por el IFE frente a las acusaciones que hizo la Coalición por el Bien de Todos desde el término de la jornada electoral. Esos errores que el IFE cometió en la noche misma de los comicios y a lo largo de las semanas siguientes terminaron por acentuar la incertidumbre y alimentar la desconfianza en su actuación. Se trató fundamentalmente de errores en el manejo de la información, de falta de oportunidad en aclarar lo que estaba sucediendo ante las acusaciones de manipulación de los resultados preliminares que la coalición a la postre perdedora realizaba, y de una serie de decisiones que resultaron contraproducentes y que acabaron poniendo en entredicho a una elección técnicamente bien hecha.
- f) Por otra parte, el papel que asumió el IFE en algunos temas particularmente delicados frente a los partidos fue otro factor que jugó a favor de la desconfianza. En ocasiones el Consejo General del IFE pareció olvidar su papel de autoridad que, como tal, debe actuar con firmeza frente a los partidos políticos y actuó frente a ellos de manera demasiado condescendiente. Dos ejemplos resultan emblemáticos: *a)* al discutir el diseño y modalidades que tendría el PREP, se aceptó sin mayor oposición la demanda planteada por algunos partidos políticos de que las causas por las cuales un acta de escrutinio y cómputo de casilla no fuera incluida en la sumatoria de resultados que aparecerían en la página de Internet en las horas siguientes al término de la votación se incrementaran considerablemente (incorporando causales que, en ocasiones anteriores, no se habían contemplado). Ello a la larga provocó que un número muy importante de actas (cerca de 11 000, equivalentes a más del 8% del total) no se contabilizaran en la sumatoria preliminar y se almacenaran en una base de datos de actas con “inconsistencias”. Además, nunca se previó que la página electrónica del PREP advirtiera de algún modo a los usuarios que la información que fluía ante sus ojos no contemplaba los datos de una considerable cantidad de casillas; *b)* en las semanas previas a la elección, el Consejo General aprobó un acuerdo en el que se determinó que si el conteo rápido que el IFE habría de realizar el día de la elección no arrojaba una diferencia de votos mayor al rango de variación estadística que permitiera definir claramente a un ganador, no se darían los resultados de ese ejercicio y el Instituto se limitaría a señalar la imposibilidad de declarar el triunfo de alguno de los candidatos a la presidencia de la República. Esa determinación respondió, entre otras razones, a la demanda de

algunos partidos políticos que planteaban esa actuación, con lo que se inhibió la posibilidad de que el IFE hiciera públicos datos con los que efectivamente contaba. En sentido contrario se argumentó que revelar las tendencias podía provocar una situación de mayor incertidumbre y confusión; sin embargo, en los hechos, la imagen que acabó por proyectarse es la de una autoridad que ocultaba información, abonando a la confusión e incertidumbre.

- g) El proceso de renovación de su Consejo General en octubre de 2003, a cargo de la Cámara de Diputados. En ese entonces, tres de los entonces seis partidos políticos con presencia en ese órgano legislativo fueron excluidos del proceso de negociación que culminó con la designación de los integrantes del Consejo (el Partido del Trabajo, Convergencia y el Partido de la Revolución Democrática), se encontró entre los partidos excluidos uno de los tres institutos políticos más importantes (el PRD). Vale la pena hacer notar que se trató, precisamente de los partidos que conformaron a la postre la Coalición por el Bien de Todos que fue derrotada en los comicios del 2 de julio de 2006. Se trató de un procedimiento legal en el que se cumplió la mayoría calificada de dos terceras partes requerida por el artículo 41 constitucional, pero que creó un problema de legitimidad de origen no menor para ese órgano que frecuentemente se enfrentó a la descalificación por parte de los institutos políticos que no fueron involucrados en el nombramiento. En la renovación del máximo órgano de dirección del IFE realizada en 2003 se olvidó que la legalidad del procedimiento debe estar preponderantemente acompañada de la legitimidad que el consenso proporciona. En ese sentido, en la designación del árbitro electoral no bastaba con cumplir los requisitos legales, sino que el factor político de legitimación que el consenso traía consigo era algo que debía sin falta procurarse.
- h) Un último aspecto relevante que caracterizó a la elección de 2006 fue que nunca como antes el contencioso electoral había jugado un papel tan central en la estabilidad política del país y nunca como entonces se evidenciaron las carencias legales presentes en esa fase tan delicada de los procesos electorales. En efecto, aunque la calificación jurisdiccional de las elecciones de legisladores se había establecido desde 1993 y en el caso de la elección presidencial desde 1996, en el ámbito federal las impugnaciones a los resultados de los comicios habían sido excepcionales. De hecho, en los doce años que median entre 1994 y 2006 solo habían sido anuladas cuatro elecciones de diputados (dos en el proceso de 1994 y dos en el de 2003). Además,

si se piensa en los comicios presidenciales en los que se concretó la alternancia en el Ejecutivo federal, los del año 2000, la etapa de resolución de impugnaciones y de calificación de la elección había pasado prácticamente desapercibida. En 2006 ocurrió todo lo contrario: las impugnaciones en contra de los resultados fueron masivas y sumamente complejas y al Tribunal Electoral se le demandó, desde el recuento de los votos en un gran número de casillas hasta, incluso, la anulación de la elección presidencial. La mínima diferencia de los votos obtenidos entre los dos principales candidatos a la Presidencia de la República y el crispado clima que precedió y que se acrecentó luego de la jornada electoral del 2 de julio, provocó que todas las irregularidades, los errores y eventuales inconsistencias presentadas a lo largo del proceso, aun las más pequeñas, cobraran enormes dimensiones y se convirtieran en motivo de controversia e impugnación de la elección. El reto que tuvo que enfrentar el Tribunal Electoral fue gigantesco y las herramientas jurídicas, las reglas y los procedimientos totalmente insuficientes frente a las demandas que se plantearon, muchas de ellas imprevistas e impensables. La falta de reglas claras y de precedentes ciertos para realizar el recuento de votos, la ausencia de causales precisas para provocar la nulidad de la elección.

La reforma electoral de 2007-2008 no solo buscó atender los problemas estrictamente electorales relacionados con los procesos comiciales, con sus actores principales (los partidos), con las condiciones en las que se desarrolla la competencia política entre ellos, con las instituciones electorales y con sus atribuciones, sino que además encarnó una verdadera apuesta de parte de los poderes del Estado para redefinir su relación con los poderes mediáticos, relación que es siempre complicada y tensa, pero que en los años recientes había degenerado a condiciones realmente insostenibles que llegaron a evidenciar una capacidad de sujeción y condicionamiento de las instituciones públicas por parte de los intereses privados de los titulares de las concesiones.

A mi entender, existen tres razones que inspiraron esta reforma: la primera tiene que ver con la necesidad de adecuar el marco normativo e institucional electoral a una realidad política sumamente diferente de la que había inspirado los cambios una década atrás. La segunda responde a las exigencias derivadas del proceso electoral de 2006 el cual colocó a las normas, a los procedimientos y a las instituciones electorales en una situación límite sumamente compleja, disruptiva e incluso peligrosa. La

tercera se refiere al papel que los medios electrónicos de comunicación —entendidos como poderes de facto— llegaron a jugar en su relación —tensa y conflictiva— con la política y con el Estado. Dado que cada una de estas razones es compleja y presenta múltiples aspectos, conviene analizarlas por separado a pesar de que todas ellas guardan nexos de continuidad e influencia recíproca.

Los objetivos de la reforma electoral de 2007-2008 son múltiples y muy complejos. Sin pretensión alguna de exhaustividad, podemos señalar que hay, al menos dos finalidades concretas.

La primera es la de integrar y actualizar la legislación que regula la materia. En ese sentido, los cambios legales son múltiples y abarcan numerosos aspectos. Entre otros podemos destacar los siguientes:

- a) Se modificó el régimen de partidos políticos mediante la incorporación de nuevas reglas en lo que hace a su constitución y a sus obligaciones; se renovó el régimen de coaliciones que ahora se flexibiliza y que impide que sean utilizadas como una manera de burlar el cómputo de los votos que cada partido coaligado recibe en las elecciones; se estableció un proceso de liquidación de los bienes partidistas en caso de pérdida de registro y también se establecieron límites más precisos en la intervención y control que las autoridades electorales pueden ejercer en los asuntos de “vida interna” de los partidos.
- b) También se modificaron las condiciones de la competencia electoral al racionalizar el mecanismo de financiamiento público a través de nuevas fórmulas de cálculo, y permitió así una disminución de los montos que el Estado destina a la política; se establecieron nuevos límites para las aportaciones privadas a los partidos; se redujo considerablemente la duración de las campañas federales y se regularon las precampañas tanto en su duración, como en su financiamiento y modalidades y finalmente se compactaron los calendarios electorales de los Estados en una misma fecha (el primer domingo de julio) en los años en los que no se realizan comicios federales.
- c) Se fortalecieron las atribuciones de las autoridades electorales. Por lo que hace al IFE, se modificó la duración en el encargo de los consejeros electorales y del consejero presidente, diferenciando el mandato de los primeros y de este último; además se estableció una renovación escalonada del Consejo General atendiendo así a una vieja demanda; se modificó el régimen de las Comisiones del Consejo General con la finalidad de permitir la rotación de sus integrantes y de permitir un ejercicio más ágil de las áreas ejecutivas del Instituto; se creó

una Unidad de Fiscalización de los recursos de los partidos nombrada por el Consejo pero dotada de autonomía técnica y operativa que, además, está facultada para trascender los secretos bancario, fiduciario y fiscal en el ejercicio de sus atribuciones; se convirtió al IFE en la autoridad encargada de administrar los tiempos del Estado en radio y televisión para que los partidos puedan acceder a ellos, así como de vigilar que las nuevas reglas y prohibiciones se respeten y, en su caso, imponer las sanciones correspondientes; finalmente, se afinaron también los procedimientos administrativos sancionatorios a cargo del IFE así como las sanciones que el mismo puede imponer en caso de que se determinen conductas violatorias a la ley. Por lo que respecta al Tribunal Electoral, también se estableció un procedimiento de renovación escalonado para su Sala Superior y las cinco salas regionales, además estas últimas adquieren un carácter permanente, lo que supuso una compleja distribución de competencias entre éstas y la Sala Superior; se determinó la existencia de una serie de medidas de apremio para hacer cumplir sus resoluciones, situación que no estaba contemplada con claridad y, además, se facultó expresamente a las Salas del Tribunal para juzgar la constitucionalidad de las leyes electorales, en cuyo caso, puede dejar de aplicarlas al caso concreto, notificando de ese hecho a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La segunda finalidad específica de la reforma y que contiene, como lo hemos señalado, una gran apuesta política, es el establecimiento de un nuevo modelo de comunicación social político-electoral que busca, por un lado, fortalecer la equidad en la competencia como principio rector de todo proceso electoral democrático y, por otro lado, impedir que los intereses privados irruman disruptivamente en las elecciones y en la política. En ese sentido, el tema del acceso a los medios constituye la parte medular de la reforma y, probablemente, la que más impacto tendrá en el desarrollo futuro del sistema democrático en nuestro país a partir de la prohibición para que los partidos puedan contratar publicidad en medios electrónicos de comunicación. De manera muy breve, las características del nuevo modelo son las siguientes:

- I) Los partidos políticos podrán acceder a la radio y a la televisión solo a través de los tiempos públicos (la suma de los tiempos del Estado y de los llamados tiempos fiscales).
- II) El IFE será la única autoridad facultada para administrar esos tiempos, y si considera que los mismos resultan insuficientes podrá

tomar las medidas necesarias para su ampliación. De igual manera, el IFE será competente para sancionar las violaciones a lo establecido en relación con el acceso a medios de comunicación con fines electorales pudiendo incluso ordenar la cancelación inmediata de las transmisiones en radio y televisión que transgredan la ley.

- III) En el periodo que va del inicio de las precampañas a la jornada electoral los tiempos que tendrá a disposición el IFE son 48 minutos diarios en cada canal o frecuencia (los cuales podrán distribuirse de 2 y hasta 3 minutos por hora de transmisión en la faja horaria que va de las 6:00 a las 24:00 horas).
- IV) De ese tiempo, durante las precampañas los partidos recibirán 1 minuto por cada hora en cada estación (18 en total), mientras que durante las campañas el tiempo a su disposición será de, al menos, el 85% del tiempo total.
- V) El criterio para distribuir el tiempo aire sigue la fórmula del financiamiento público (30% igualitario y 70% proporcional a la votación de cada partido).
- VI) Fuera de las campañas el IFE tendrá a disposición el 12% de total de tiempos del Estado, el cual se distribuirá en un 50% entre los partidos de manera igualitaria y el resto corresponderá directamente al IFE.
- VII) La competencia del IFE como administrador de los tiempos públicos con fines electorales también se extiende al ámbito local respecto de los espacios en las emisoras de radio y televisión locales.
- VIII) Además se contemplan una serie de prohibiciones, a saber:
  - Al igual que los partidos, tampoco los particulares podrán contratar propaganda a favor o en contra de partido o candidato (elevando a rango constitucional la actual prohibición que fija el Cofipe).
  - No se podrán transmitir en México mensajes contratados en el extranjero.
  - No se podrán realizar expresiones que denigren a instituciones, a partidos o que calumnien a las personas.
  - La publicidad gubernamental (de cualquier ente público federal, local o municipal) está prohibida durante las campañas electorales federales y locales.
  - Por último, la propaganda pública deberá tener carácter institucional y por ello no podrá ser personalizada (es decir, contener la imagen o la voz de los funcionarios públicos).

### 3. *La reforma de 2014*

Por primera vez en 27 años, la reforma electoral de 2014 no fue producto de las problemáticas derivadas de los procesos electorales federales, puesto que la aplicación de las reglas electorales emanadas de la reforma electoral de 2007-2008 configuró un modelo electoral sólido y, en consecuencia, el balance de su aplicación fue, sin duda, positivo.

Basta mencionar que la elección de 2009 fue la primera prueba de las nuevas reglas emanadas de la reforma electoral de 2007-2008. La misma fue superada de manera satisfactoria, ya que a pesar de que las autoridades electorales, tanto administrativa como jurisdiccional, contaron con escasos meses de preparación para realizar la adecuación del complejo marco reglamentario, el proceso comicial fue exitoso, debido a que las transformaciones legales permitieron mayor equidad en la competencia electoral y mejor funcionamiento de las atribuciones legales de las autoridades electores.

En ese sentido, la elección presidencial de 2012 constituyó la prueba del ácido definitiva respecto a las reglas establecidas en la reforma electoral de 2007-2008 y la constatación de su viabilidad y pertinencia. El asunto no es menor, pues frente a los excesos de la retórica discursiva y a los embates que apostaron desde su origen por su impracticabilidad y su fracaso, la elección demostró en definitiva que esas reglas fueron pertinentes y resolvieron en términos generales los problemas que pretendieron enfrentar.

Sin lugar a dudas el proceso electoral de 2012 fue instrumentado de manera exitosa por las autoridades electorales, para muestra, basta con señalar algunas circunstancias:

- a) El conteo de los votos de los ciudadanos efectivamente fue correcto como lo demostró el inédito y amplísimo recuento realizado durante los cómputos distritales.
- b) Los mecanismos de resultado preliminar de los resultados electorales (también cuestionados en 2006) funcionaron a la perfección (Programa de Resultados Electorales Preliminares y conteos rápidos) y estuvieron perfecta y totalmente alineados con los cómputos legales de los votos.
- c) Las quejas sirvieron para “depurar” de eventuales irregularidades el proceso electoral a lo largo de su desarrollo.
- d) Los debates que, por primera vez estuvieron mandatados al IFE desde la ley se realizaron sin contratiempos (no por ello sin anécdotas).

- e) La depuración del Padrón Electoral y del Listado Nominal derivado de la pérdida de vigencia de la 03 funcionó sin contratiempo.

Sin embargo, la elección presidencial de 2012 fue objeto de una serie de impugnaciones que no solo se plantearon públicamente, sino que articularon los recursos legales que se presentaron ante el TEPJF demandando la nulidad de dicha elección, alegando graves violaciones a los principios constitucionales que provocaron que no se cumpliera el principio democrático de voto libre y auténtico.

El destino de las impugnaciones fue ampliamente conocido: ninguno de los hechos denunciados pudo ser satisfactoriamente probado y con ello la elección presidencial fue declarada válida.

La médula de las impugnaciones al proceso electoral fue la acusación de una presunta compra del voto masiva. Cómo determinar el alcance de ese fenómeno es complejo —si no es que imposible—; no solo porque se expresa en múltiples formas que adquiere el clientelismo político, sino también por ser transversal a las fuerzas políticas que ocupan distintos espacios de poder público.

Lo cierto es que un fenómeno de ese tipo no puede entenderse sino desde la lógica que le subyace y, si es así, resulta inevitable asumir que si hay alguien que compra un voto, indudablemente debe haber alguien que lo venda. Por ello, las razones que subyacen a la compra del voto trascienden lo electoral y tienen que ver más con problemas estructurales de nuestra sociedad de tipo bien distinto a los electorales: la desigualdad y la pobreza y la precaria cultura política (el voto es la expresión de un derecho fundamental y quien lo aliena, está declinando del ejercicio soberano de un derecho humano que le es consustancial).

Otro problema que no es ajeno a lo electoral, pero sí se origina fuera de él, es el caso de la responsabilidad de los servidores públicos. No debe olvidarse que entre las acusaciones que se presentaron en el proceso electoral de 2012, fue el presunto desvío de recursos de servidores públicos (particularmente gobernadores) que alteraron las condiciones de la competencia.

El de la rendición de cuentas es uno de los grandes pendientes de nuestro proceso de democratización. Prueba de ello es que el título octavo de la Constitución no ha sufrido ninguna reforma de trascendencia y la impunidad es la regla. Un eficaz sistema de revisión de la gestión pública y de exigencia de responsabilidades es todavía uno de los grandes pendientes de nuestra agenda democrática.

Otra de las grandes impugnaciones al proceso tiene que ver con el presunto sesgo de los grandes consorcios mediáticos para favorecer a un



candidato. Que la relación con los medios de comunicación ha sido conflictiva para el IFE, particularmente desde la reforma de 2007-2008, es algo claro y evidente. Los roces con la desafiante industria han sido constantes. Este mismo proceso electoral no estuvo exento de ellos; piénsese solo en la dolosa confusión que se pretendió generar en torno al tema de la posibilidad o no de realizar debates, o bien el grosero desafío que alguno de los dueños de los monopolios televisivos lanzó para boicotear la difusión del primer debate presidencial organizado por el IFE.

Si bien, a nivel federal la normativa electoral necesitaba un ajuste, ya que existían mejoras y áreas de oportunidad para perfeccionar el sistema electoral, ejemplo de ello son los temas de fiscalización, procedimientos sancionadores, la responsabilidad de servidores públicos y la compra del voto. Situaciones que ameritaban un análisis específico y la transformación de una parte del sistema electoral. Siempre es oportuno revisar las leyes electorales para afinarlas y actualizarlas para enfrentar oportunamente los problemas que la dinámica y siempre desafiante lucha político-electoral supone.

Sin embargo, la reforma electoral de 2014 abandonó la meta de ajustes graduales y paulatinos, y optó por transformar de manera radical el sistema electoral. Los legisladores, por primera vez en tres décadas, modificaron radicalmente las bases del sistema comicial, para pasar de un sistema federal electoral a un sistema nacional electoral en torno al Instituto Nacional Electoral (INE).

La reforma electoral de 2014 tiene una enorme complejidad y sus alcances plenos aún no pueden terminar de medirse, pues aún están por definirse las modalidades de ejercicio de las nuevas atribuciones encomendadas a las autoridades electorales. La instrumentación de la reforma aún no puede medirse. Sin embargo, un simple recuento de algunas de las novedades inducidas en la reforma pueden dar cuenta del enorme desafío que va a representar “echar a andar” la misma:

- a) Se crea el Instituto Nacional de Electoral como autoridad encargada de la función estatal de organizar elecciones en sustitución del Instituto Federal Electoral.
- b) El número de consejeros electorales pasa de 9 a 11 y se determina una duración de nueve años en el cargo.
- c) Se incorpora un nuevo procedimiento para la designación de consejeros electorales. Por primera vez en dos décadas y media, el estudio, análisis y selección de candidatos no estará a cargo de la Cámara de Diputados, sino de un Comité Técnico de Evaluación, conforma-

do por siete especialistas, de las cuales tres serán nombradas por la Junta de Coordinación Política de la Cámara de Diputados, dos por la Comisión Nacional de Derechos Humanos y dos por el Instituto Federal de Acceso a la Información. La Cámara de Diputados solo estará facultada para emitir la convocatoria y realizar las designaciones entre la lista de propuestas que envíe el Comité Técnico de Evaluación. Además se establece una válvula de seguridad, a través de la insaculación, para realizar las designaciones conforme a los procedimientos y temporalidad previamente establecidos, esto para evitar situaciones como 2011 y 2013, en donde la autoridad electoral tuvo que funcionar con una integración indebida.

- d) Se establecen nuevas atribuciones y competencias para la autoridad electoral administrativa:
- En los procesos electorales federales y locales el INE implementará y ejercerá las siguientes facultades: *a*) instrumentar la capacitación electoral; *b*) elaborar la geografía electoral; *c*) determinar la distritación; *d*) efectuar el reseccionamiento; *e*) desarrollar, vigilar y resguardar el padrón y la lista de electores; *f*) determinar la ubicación de las casillas; *g*) designar a los funcionarios de las mesas directivas de casillas; *h*) emitir las reglas, lineamientos, criterios y formatos en materia de resultados preliminares; encuestas o sondeos de opinión; observación electoral; conteos rápidos; impresión de documentos y producción de materiales electorales, e *i*) fiscalizar los ingresos y egresos de los partidos políticos y candidatos.
  - Para los procesos electorales federales el INE instrumentará las siguientes atribuciones: *a*) otorgar y vigilar las prerrogativas de los candidatos y partidos políticos; *b*) resguardar los derechos de los candidatos y partidos políticos; *c*) preparar la jornada electoral; *d*) imprimir los documentos electorales; *e*) producir los materiales electorales; *f*) realizar los escrutinios y cómputos; *g*) declarar la validez y el otorgamiento de constancias en las elecciones de diputados y senadores; *h*) ejecutar el cómputo de la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos.
- e) Se establecen facultades especiales del INE para atraer directamente la realización las actividades electorales que corresponden a los órganos electorales locales; delegar a los órganos electorales locales atribuciones para los procesos electorales concurrentes, o bien, atraer

- asuntos de la competencia de los órganos electorales locales, cuando sean trascendentes o ameriten sentar un criterio de interpretación.
- f) Se concede al INE la facultad de designar y remover a los consejeros electorales de los órganos electorales locales.
  - g) Se otorga al INE la facultad de organizar los procesos electorales locales, sin embargo el texto constitucional se olvida de especificar causales y procedimientos.
  - h) Se faculta al INE organizar las elecciones de los dirigentes de los partidos políticos, siempre y cuando sea a petición de las entidades políticas y a cargo de sus prerrogativas.
  - i) Se establece la facultad del INE para fiscalizar las campañas federales, estatales y municipales.
  - j) Se determina la creación de un Servicio Profesional Electoral, el cual será organizado y regulado por el INE.
  - k) Se elimina la prohibición de hacer campañas negativas a través de la denigración de instituciones.
  - l) Se determinan facultades exclusivas para órganos electorales locales: *a)* otorgar y vigilar las prerrogativas de los candidatos y partidos políticos; *b)* resguardar los derechos de los candidatos y partidos políticos; *c)* desarrollar políticas de educación cívica; *d)* imprimir los documentos electorales; *e)* producir los materiales electorales; *f)* realizar los escrutinios y cómputos; *g)* declarar la validez y el otorgamiento de constancias en las elecciones locales; *h)* ejecutar el cómputo de la elección del gobernador; *i)* instrumentar los programas de resultados preliminares; encuestas o sondeos de opinión; observación electoral, y conteos rápidos, y *j)* organizar y desarrollar, los mecanismos de participación ciudadana.
  - m) Por primera vez, en el texto constitucional se incorporan causales para la nulidad de elecciones: *a)* rebasar por más de 5% el tope de gasto de campaña; *b)* recibir o utilizar recursos ilícitos, y *c)* comprar cobertura informativa o tiempos en radio y televisión. La nulidad deberá acreditarse de manera objetiva y material. Además es necesario que la violación sea determinante, esto ocurrirá cuando la diferencia entre el primero y segundo lugares sea menor a 5% de la votación.
  - n) Se modifica la sustanciación e imposición de sanciones del procedimiento especial sancionador, ahora el INE tendrá la facultad de investigar las violaciones e integrar el expediente para someterlo al conocimiento y resolución del TEPJF.
  - o) Se incrementa de 2 a 3% el umbral de votos necesario para que un partido conserve su registro.

- p) Se reduce el tiempo entre la elección presidencial y la toma de protesta del candidato ganador: será ahora el 1o. de octubre en lugar del 1o. de diciembre.
- q) Se permite la reelección consecutiva de legisladores federales y locales. En el ámbito federal se permite hasta de 12 años, siempre y cuando el legislador sea postulado por el mismo partido.

Hacer llegar a buen puerto la reforma no será una tarea sencilla. Los efectos reales de la misma aún no pueden anticiparse. Sin embargo, queda claro el gran consenso político que estuvo detrás de su aprobación no puede menospreciarse e impone un esfuerzo y dedicación particular por parte de los órganos electorales para que los cambios de 2014 sean un paso más en el largo y complejo proceso de construcción y consolidación de la democracia en México.

## EL CONCEPTO DE SOBERANÍA EN LOS TEXTOS REVOLUCIONARIOS FRANCESES Y NORTEAMERICANOS

*A Jorge Carpizo. In Memoriam*

Alberto Ricardo DALLA VIA\*

Uno de los primeros problemas que tuvieron los teóricos de las grandes revoluciones fue tener que traducir un concepto acuñado por los defensores de la monarquía absoluta hacia la nueva propuesta republicana y democrática del Estado.

Cuando Jean Bodin, en *Los seis libros sobre la República*, definiera a la soberanía como una *cualidad* estaba identificando al concepto con la propia figura o persona del monarca. Hay una identificación semántica entre soberanía y soberano.

Un autor de ideología marcadamente conservadora y anti-iluminista, como Joseph de Maistre, se encargaría de señalar, entre otras consideraciones que la Revolución francesa cometió uno de los peores crímenes: un crimen contra la soberanía.

Es por eso que agrega "... cada gota de sangre de Luis XVI le costará a Francia torrentes de sangre, cuatro millones de franceses, tal vez pagarán con sus cabezas el gran crimen nacional de una insurrección antirreligiosa y antisocial coronada por un regicidio...".<sup>1</sup>

El proceso de *despersonalización* de la soberanía va a tardar largo tiempo en producirse, con lo cual va a tardar también en volverse claro el concepto de *soberanía del Estado*. Así ocurrirá que tanto Suárez, como Mariana y Vitoria, así como los publicistas del siglo XVIII, ayudados por la difusión de John Locke, una larga lista de pensadores iusnaturalistas cambiarán el sujeto de la soberanía, trasladándolo del rey a la colectividad.

\* Presidente de la Cámara Nacional Electoral de la República Argentina; director del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, UBA; miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

<sup>1</sup> Maistre, Joseph de, *Estudio sobre la soberanía*, Buenos Aires, Dictio, 1978, *cit.* en Catoggio, María Soledad, "Joseph de Maistre entre la revolución y la Guerra", *Nómaditas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 12, julio-diciembre.

Rousseau, en el *Contrato social* —particularmente en los capítulos titulados “El soberano”, “La soberanía es inalienable” y “La soberanía es indivisible”— constituye la máxima expresión de la tendencia que atribuye la soberanía a la colectividad.

Siguiendo en este punto el trabajo sobre “La soberanía” publicado por Mario Justo López en 1967 en la colección “Cuadernos de Derecho Político”, coincidimos en afirmar que Rousseau y Sieyès, fueron respectivamente los más notables doctrinarios de la soberanía del *pueblo* y de la soberanía de la *nación*, respectivamente.

Rousseau es el teórico de la soberanía del pueblo, del conjunto de *ciudadanos reunidos* que hace la ley, de la democracia directa, Sieyès es el teórico de la soberanía de la nación —todo el territorio, todos los habitantes, todos los tributarios del poder político— que hace la ley por medio de representantes de la “democracia indirecta.

A partir de las primeras etapas de la Revolución francesa, el lenguaje, claramente diferenciado a través de Rousseau y Sieyès, se vuelve confuso. Desde la Constitución de 1793, prevalece el uso de la expresión “soberanía del pueblo”, pero, aparte de que no llega a desplazar totalmente a la expresión “soberanía de la nación”, su significación se torna confusa y no permite establecer adecuadas distinciones conceptuales.

De cualquier modo, y desde entonces, la “soberanía del pueblo” se convierte en postulado, no ya de las inaplicables instituciones de la democracia pura o directa sino también de la democracia impura, indirecta o representativa. Por eso no debe llamar la atención que haya quienes identifican “soberanía nacional” y “soberanía popular”.<sup>2</sup>

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789 estableció en su artículo 3o. lo siguiente: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”.

En tanto, la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 establecía en el título III artículo 1o. que: “La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo, puede atribuirse su ejercicio”.

Desde el principio del proceso, Robespierre, Deférmon y Grégoire atacan esa concepción restringida de nación en nombre de la soberanía popular.

<sup>2</sup> López, Mario Justo, *op. cit.*, p. 21.

El descrédito de la representación nacional, encabezada por el rey como representante nato, de acuerdo al texto constitucional de 1791, tuvo consecuencias decisivas para el desarrollo de formas y prácticas de soberanía alternativas que acabarán suponiendo una amenaza para la primera.

Después de tres años y medio de revolución, la escasez y el elevado precio de los víveres, especialmente del pan, acuciaba a las clases populares. El 12 de febrero de 1793 una delegación de distintas secciones presenta ante la Asamblea, entonces ya llamada Convención, los puntos de vista de esas clases populares.

El movimiento tenía suficiente fuerza como para que el sector radical de la Convención (la Montaña) y su soporte ideológico y organizativo exterior (el Club de los Jacobinos) pensarán que una alianza con las clases populares podía darles el poder frente al sector moderado (la Gironda).

A fines de mayo Robespierre propugna abiertamente la insurrección popular. Aceptada ésta por los jacobinos, se lleva a cabo en las jornadas del 31 de mayo y 2 de junio: en esta última, 80 000 hombres de la Guardia Nacional, bajo el control de las secciones de París, cercan la Convención e imponen la detención de dos ministros y de veintinueve diputados girondinos. Con toda razón se ha podido llamar a esto una revolución: una más de las que integran el conjunto de lo que se denomina Revolución francesa.

El Acta Constitucional del 24 de junio de 1793 contiene en su primera parte una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que en su artículo 25 establece: “La soberanía reside en el pueblo; es una, indivisible, imprescriptible e inalienable”.

Le sigue el artículo 26 que establece: “Ninguna porción del pueblo puede ejercer el poder que corresponde a todo él; pero cada sección del soberano, reunida en Asamblea, debe tener derecho a expresar su voluntad con entera libertad”, y el artículo 27 agrega: “Que todo individuo que usurpe la soberanía sea al instante ejecutado por los hombres libres”.

La Constitución 1793 marcará el punto de máxima democratización de las estructuras del poder público, lo que se traduce también en un predominio neto del Legislativo ante un Poder Ejecutivo relativamente muy débil. Es el máximo momento de influjo de Rousseau en el pensamiento de los revolucionarios.

Pero las guerras contra Austria y contra Prusia, llevaron a los jacobinos a suspender la puesta en vigor de la Constitución recién aprobada, nombrando por decreto dos comités de gobierno, el comité de “Salud pública” y el comité de “Seguridad nacional”.

Su radicalismo les llevaría a instaurar el terror, que se llevó por delante no solo a Danton sino también a Robespierre. El gran fracaso se cerró con la disolución de la Convención en septiembre de 1795 y el establecimiento del Directorio.

Los Jacobinos fueron infieles a la República que habían proclamado justamente por no guiarse por la Constitución que ellos mismos habían alumbrado.

Cuando, después de la ejecución de Robespierre, las clases populares se dan cuenta de que la Convención ha tomado un giro que no les satisface, se presentan de nuevo ante ella y alguien gritará con toda naturalidad e ingenuidad a los diputados: “Marcharos todos; vamos a formar la Convención nosotros mismos”.

El pensamiento jacobino nos deja en conclusión un debate no resuelto sobre las crisis de representación, tantas veces aplazado y postergado, simbolizado por la Constitución nunca aplicada de 1793, enterrada en un arca de roble para nunca más volver a la luz.

La Revolución francesa adquirió una fama incomparablemente mayor que la norteamericana, llegando a convertirse, inclusive, en el prototipo o paradigma de todas las revoluciones. Su fama se debe, por un lado, a los acontecimientos convulsivos, y en general, sangrientos, que la acompañaron y, por otro, a que se la ve con frecuencia como una consecuencia de la ilustración francesa, con representantes tan gloriosos como Montesquieu, Voltaire y Rousseau.

A diferencia de la Revolución norteamericana que prácticamente resultó de los acontecimientos, la francesa fue llevada a cabo por sus protagonistas, con plena conciencia de que lo que hacían era una Revolución. Francia es el país que inventa la cultura democrática mediante la Revolución y que pone de manifiesto ante el mundo una de las condiciones de conciencia fundamentales de la actividad histórica.

En cambio, se ha hecho cada vez más claro el influjo decisivo que sobre la francesa ejerció la Revolución norteamericana, de modo que esta puede alegar para compensar los mayores títulos de aquélla en fama e influencia posterior, al menos el de la prioridad. Así que no carece de todo fundamento el lema, un tanto pretencioso, del reverso del escudo de los Estados Unidos, que atribuye a éstos el nuevo orden de nuestros tiempos: “*Novus Ordo Seclorum*”.

Una de las razones que han contribuido a que haya quedado eclipsada la importancia de la Revolución norteamericana ha sido la coincidencia de ésta con una guerra de la independencia. Pero pocas dudas pueden caber de que ambas se superponen: guerra de independencia y revolu-



ción. Lo que ocurre es que la primera es más aparente, más espectacular, mientras que la segunda consiste más bien en un cambio de mentalidad.

Otra de las razones que han influido para disminuir la atención que se ha prestado a la Revolución norteamericana ha sido que ésta en realidad se produjo en un proceso lento, de más de un siglo y medio, desde la fundación de las primeras colonias.

Tal vez por esa misma razón es que Hannah Arendt se encargó de estudiar el problema de la duración de un hecho revolucionario, encontrando que en ese punto también la Revolución estadounidense salió airosa frente a la francesa, tanto por el sentido religioso que los peregrinos imprimieron a los textos fundacionales considerándolos como “verdades evidentes”, como por la importancia que le cabe al Senado, inspirado en las instituciones romanas, como cámara conservadora y a la Suprema Corte de Justicia como depositaria de la *autoridad*, en sentido distinto a la idea de poder.<sup>3</sup>

Mientras que el rey de Inglaterra fue soberano, no hubo ninguna disidencia entre las colonias y la madre patria. Pero cuando se produce la revolución en Inglaterra y, en consecuencia, se levanta sobre el rey al Parlamento, las colonias se encuentran con que tienen que obedecer a un soberano con el cual no han tratado y entonces, por una serie de motivos, esas colonias niegan obediencia y entran, a su vez, en la revolución.

El primer problema práctico con el que tienen que enfrentarse es el de la legitimidad de los nuevos impuestos y la legitimidad del parlamento británico para aprobarlos; lo que desemboca en el tema de la representación.

A decir de Sánchez Viamonte, los Estados Unidos proceden con una simplicidad lineal. Corrigen los resabios góticos de las instituciones inglesas y en el momento mismo de emanciparse, proclaman los derechos del hombre y la soberanía del pueblo. Fue la suya una afirmación constructiva, y unilateral por lo unánime. Tal actitud no tenía ni podía tener contradictor. Por eso no hubo debate ni polémica acerca de la soberanía o del poder constituyente.<sup>4</sup>

El acto de la emanación lo lleva a cabo el pueblo de las colonias, entrenado ya en el ejercicio de los derechos políticos y formado por ciudadanos, no por súbditos del tipo europeo. Ese acto se confunde e identifica

<sup>3</sup> Arendt, Hannah, *Sobre la Revolución*, Alianza, 2008.

<sup>4</sup> Sanchez Viamonte, Carlos, *El Poder Constituyente*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, Cangallo 860, p. 338.

con la construcción de la república democrática. Es imposible separarlos, desde el punto de vista cronológico o desde el punto de vista lógico.

La independencia de las colonias es una afirmación de soberanía popular, y también, un acto de unidad nacional o acto constituyente. Lo celebran las colonias como entidades políticas o Estados preexistentes que, por su libre voluntad, forman la confederación.

La declaración de Independencia, redactada por Jefferson y aprobada definitivamente por el Congreso de todas las colonias el 4 de julio de 1776, contiene una brevísima Declaración de Derechos: “Sostenemos que son evidentes estas verdades: que todos los hombres han sido creados iguales y que han sido dotados por su Creador con ciertos derechos inalienables, entre los que se cuentan la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”.

El artículo II recoge la aspiración a esa democracia representativa como uno de los elementos de la ideología de la Revolución americana: “Que todo poder reside en el pueblo y, por consiguiente, de él se deriva; que los magistrados son sus mandatarios y servidores y en todo tiempo sujetos a él”.

La Declaración de la Independencia (1776), los artículos de la Confederación y Perpetua Unión entre los Estados (1777) y la Constitución Federal (1787) son actos constituyentes sucesivos, mediante los cuales se consagra la unidad nacional, que reconoce al pueblo de los Estados Unidos el carácter de titular definitivo del poder constituyente.

En los “Artículos de la Confederación” se utiliza la palabra “soberanía”, pero atribuyendo su titularidad a los Estados (cada Estado conservará su soberanía —artículo 2o.—). Por fin, en el Preámbulo de la Constitución se lee “Nos, el pueblo de los Estados Unidos... decretamos e instituímos esta Constitución”.

El sistema norteamericano aparece explicado en *El Federalista*, escrito en 1788, el mismo año en que Sieyés escribió *¿Que es el tercer Estado?*, con la doble autoridad de Alexander Hamilton y James Madison, como concurrencia y coordinación de dos soberanías, una nacional y otra estadual.

Para Alexander Hamilton:

La entera consolidación de los Estados en una completa soberanía nacional comprendería la entera subordinación de las partes, y cualesquiera poderes que pudieran quedar en ellas dependerían completamente de la voluntad general. Pero como el plan de la Convención tiende únicamente a una unión o consolidación parcial, los gobiernos locales claramente retendrían todos los

derechos de soberanía que tenían antes y que no fueran por ese acto *exclusivamente* delegados a los Estados Unidos.<sup>5</sup>

Por su parte, Madison trata de establecer, lo más claramente posible, la diferencia de significado de la palabra *federal* y de la palabra *nacional*, procurando caracterizar el primero por la acción conjunta de los Estados Unidos, como entidades políticas independientes entre sí, y el segundo, por la acción del pueblo de los Estados Unidos como unidad prescindente de las separaciones estaduales.<sup>6</sup>

“... Cada Estado, al ratificar la Constitución, es considerado como un cuerpo soberano, independiente de todos los demás, y que solamente ha de obligarse por propio acto voluntario. En este sentido, pues, si la nueva Constitución se establece será una Constitución *federal* y no *nacional*”.<sup>7</sup>

En el sistema constitucional norteamericano, no solo subyace la “soberanía dual” entre la federación y los estados<sup>8</sup> sino también una cierta tensión o dialéctica entre el principio de la soberanía popular y el federalismo como acuerdo o pacto originario.

La experiencia constituyente norteamericana en relación con la separación de los poderes se vertebra en gran medida a partir del principio del temor y la desconfianza hacia el Poder Legislativo. En *El Federalista* señala Alexander Hamilton que:

... Una Constitución es, de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios...<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica.

<sup>6</sup> *El Federalista*, 310.

<sup>7</sup> *El Federalista*, 311.

<sup>8</sup> Véase Epstein, David, *La teoría política de El Federalista*, trad. de Juan Carlos Porlier, Grupo Editor Latinoamericano, Colección de Estudios Políticos y Sociales, 1987; Ballbe, Manuel y Martínez Roser, *Soberanía dual y Constitución integradora*, Barcelona, Ariel, 2003.

<sup>9</sup> Blanco Valdés, Roberto, *La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*, working paper núm. 117. Barcelona, 1996.

Así como la declaración de la independencia configuró una manifestación de la soberanía en el plano internacional, la supremacía de la Constitución configura la manifestación de la soberanía en el orden interno del Estado de derecho.

En sentido contrario, la Revolución francesa levantaría el estandarte de la supremacía de la ley y de la supremacía parlamentaria como correlato derivada de aquélla, respondiendo a la idea rousseauiana de la voluntad general y de la ley como expresión de la misma. El desarrollo del referéndum legislativo resulta ser una clara demostración de la absoluta desconfianza que tenían los revolucionarios hacia el Poder Judicial.

Concluyendo, señalaba Adolfo Posada, a principios del siglo pasado, en su estudio preliminar y traducción a la obra *Transformación del Estado* de León Duguit, que:

Una idea, quizá de las más iluminosas (sic) que parecía dibujarse, y en efecto, se percibe cada vez con más efecto en el derecho político contemporáneo es la de la *Soberanía del todo social*: la Nación, el Pueblo, el Estado; pero significando *Soberanía*, no el poder material irresistible... sino el poder moral de dirigirse y dirigir, según las exigencias del espíritu social; una fuerza de impulso íntimo que discierne y se determina... una cualidad, en suma, propia de quien es capaz de proceder racionalmente y que distingue, la *Personalidad*.<sup>10</sup>

Hans Kelsen, en la tercera década del siglo XX, sostuvo que el principio de soberanía del pueblo era la expresión de un derecho natural democrático como el principio de la soberanía del monarca lo era del derecho natural autocrático. Para el jurista austriaco, uno y otro no son más que sofismas engendrados por identificaciones caprichosas del Estado con el órgano supremo del poder o con el pueblo, según el caso, y según él, la moderna Teoría del Estado no ha superado el ingenuo primitivismo de la doctrina de la soberanía popular.<sup>11</sup>

También Bertrand de Jouvenel, Karl Friedrich y Giovanni Sartori han reiterado las críticas al principio de la soberanía del pueblo. Para el primero no es más que una transposición de igual despotismo y con parejo fundamento de unos detentadores del poder a otros (del rey a los repre-

<sup>10</sup> Posada, Adolfo, “La nueva orientación del derecho político”, trad. y estudio preliminar a la obra *La transformación del Estado* de León Duguit, Madrid, Librería Española y Extranjera Francisco Beltrán, Príncipe 16.

<sup>11</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM.

sentantes). Para el segundo se trata de una *contradictio in adjecto* y para el tercero de fórmula vacía e irrealizable.<sup>12</sup>

Bertrand de Jouvenel lo advierte con estas palabras que parecen anticipar las prevenciones que tendrían los revolucionarios al otro lado del Atlántico:

... de la soberanía popular puede salir un despotismo mucho más radical que de la soberanía divina, puesto que un tirano, individual o colectivo, que en hipótesis hubiera logrado usurpar una u otra soberanía, no se sentiría autorizado por la voluntad divina, que se presenta a través de una ley eterna, para ordenar a su mero arbitrio.

... Por el contrario la voluntad general no es, por naturaleza, fija, sino movable. En vez de estar predeterminada por una ley, se la puede hacer hablar en leyes sucesivas y cambiantes. El poder usurpado en este caso tiene las manos libres, el mismo es libre, y la libertad del poder se llama arbitrariedad.<sup>13</sup>

Tal vez por esa misma razón es que Habermas ha observado que, una soberanía popular sin sujeto, que se ha vuelto anónima y se ha disuelto en la inter-subjetividad no se expresa exclusivamente en los procedimientos democráticos y en las ambiciosas premisas comunicativas de su puesta en práctica. Se sublima hasta volverse un conjunto de interacciones difícilmente perceptibles entre la formación de voluntad institucionalizada constitucionalmente y las vidas públicas movilizadas culturalmente.

Es comprensible que una “soberanía popular” sublimada de tal manera como procedimiento no podrá operar si el respaldo de una cultura política demuestra afinidad con ella, sin las convicciones transmitidas por tradición y socialización de una población *acostumbrada* a la libertad política: no es posible una formación racional de voluntad política sin que exista correspondencia de parte de un mundo de la vida racionalizado.<sup>14</sup>

La cuestión sigue siendo más sustancial que instrumental. Si la democracia es —como pensamos— un sistema de creencias compartidas, cabe concluir diciendo con Max Weber, que en definitiva, la misma reposa en LA CREENCIA GENERALIZADA SOBRE UNA DETERMINADA LEGITIMIDAD.

<sup>12</sup> López, Mario Justo, *op. cit.*, p. 23.

<sup>13</sup> Jouvenel, Bertrand de, *El Poder*, Madrid, Editora Nacional, 1974, p. 49.

<sup>14</sup> Habermas, *op. cit.*



## REFORMA LABORAL ANTIDEMOCRÁTICA

José DÁVALOS\*

SUMARIO: I. *Jorge Carpizo*. II. *Reforma antidemocrática*. III. *Se excluye el principio del salario decoroso*. IV. *Cinco contratos que derrumban la estabilidad del trabajador en el empleo*. V. *El trabajo en outsourcing*. VI. *Trabajo de temporada*. VII. *El trabajo de capacitación inicial*. VIII. *El trabajo a prueba (artículo 39-A)*. IX. *El trabajo de pago por hora*. X. *Absurda negación del carácter de trabajo a las actividades artísticas y científicas de los niños*. XI. *Trabajadores “milusos”*. XII. *Situación de los presidentes de las juntas*. XIII. *Espera innecesaria del trabajador del aviso del despido*. XIV. *Quién demanda la indemnización ya no puede demandar la reinstalación*. XV. *Reducción del monto de los salarios vencidos o caídos*. XVI. *Queda a cargo del trabajador la prueba de la jornada extraordinaria mayor de nueve horas a la semana*. XVII. *Se abre la puerta a los testigos de pandilla*. XVIII. *No habrá detalles sindicales que no puedan conocer los terceros*. XIX. *Democracia y transparencia de los sindicatos*.

### I. JORGE CARPIZO

Ideólogo, maestro, estadista, orador, escritor... El hombre congruente de siempre; dijo, sostuvo con vehemencia lo que dijo, y eso hizo, lo que dijo; de ahí su congruencia. El maestro siempre dijo la verdad y la subrayó con sus actos, en donde fuera, ante quien fuera, al costo que fuera. Estos dos valores ganaron su credibilidad. Ganaron su credibilidad en el mundo académico y ganaron su credibilidad en el sector público, en México y fuera de nuestro país. En nuestro momento histórico, cuando la gente duda de todo y de todos, cuando busca la verdad y la congruencia; esos valores los encontró en Jorge Carpizo.

El maestro siempre hablaba con emoción del valor de la democracia en todas sus dimensiones. “El caudal imponente de la realidad social está

\* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

a favor de la democracia. No hay ninguna duda”.<sup>1</sup> Con esa claridad veía la historia y la realidad en la que estaba parado. No daba cabida a ninguna interrogante ociosa sobre el rumbo que lleva la dinámica de los hechos que conmueven a México y al mundo.

Conocedor de la gente, de sus problemas, de sus esperanzas, de sus sueños, el maestro puso el índice en el corazón de una realidad que nadie, con razón, puede negar: “Recorre el mundo un sentimiento contra el autoritarismo, entendido como la concentración de poder por una persona y grupo, y la limitación de la participación política de los ciudadanos”.<sup>2</sup>

Tratadista del derecho constitucional y por tanto del derecho del trabajo, el doctor Jorge Carpizo apuntó con agudeza:

La esencia del artículo (123 constitucional) estriba en la idea de libertad, ya no sólo libertad frente al Estado, sino libertad frente a la economía. Nuestro artículo, como Minerva, nació rompiendo la cabeza de un dios: la omnipotente economía, y abrió cauce a una nueva idea de estructura económica; se persigue que termine la explotación del hombre por el hombre, que éste lleve una vida que le permita participar de los bienes culturales, que las nuevas generaciones tengan igual número de oportunidades, que el esfuerzo propio sea el que otorgue al hombre su lugar en la escala social.<sup>3</sup>

Luego habló a los desheredados, a los trabajadores hombres y mujeres, cuyo único capital es el trabajo, despierta su esperanza cuando les habla de sus prerrogativas en el capítulo social de la Constitución de la República: “El artículo 123 quiere y promete justicia; justicia a los oprimidos, justicia a las grandes clases sociales que han sufrido; justicia para forjar hombres libres. Únicamente de hombres libres están constituidos los grandes pueblos”.<sup>4</sup>

Dentro del caudal imponente de la realidad social en favor de la democracia; conforme al sentimiento del mundo contra el autoritarismo que obstaculiza la participación de los ciudadanos en las cosas públicas; con plena conciencia en el apego a la libertad frente al Estado y frente a la economía; conforme a la promesa de justicia del artículo 123 consti-

<sup>1</sup> Carpizo, Jorge, *Temas constitucionales*, 2a. ed., México Porrúa-UNAM, 2003, p. 22.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>3</sup> Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 16a. ed., México Porrúa-UNAM, 2013, p. 120.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 120.



tucional, principios que afirmó y que sustentó el maestro Jorge Carpizo. Cuando le rinde muy merecido homenaje la comunidad universitaria, de la cual orgullosamente formo parte, reafirmo el reconocimiento general a su congruencia, que fue una de sus virtudes medulares. En esta mística, con estas convicciones, me permito hacer el siguiente apunte sobre algunas de las reformas más importantes de la Ley Federal del Trabajo al apagarse el sexenio anterior, 2006-2012.

## II. REFORMA ANTIDEMOCRÁTICA

La reforma de la Ley Federal del Trabajo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2012, propuesta por el titular del Poder Ejecutivo Federal, Felipe Calderón Hinojosa, al Congreso de la Unión, recoge las propuestas que presentaron los actores de los patrones con anterioridad, con las que ponen a los trabajadores en manos de los empresarios al despojarlos de la estabilidad en el empleo, para debilitar a los sindicatos, para disminuir la efectividad de la contratación colectiva y para nulificar la capacidad de resistencia y conquista de la huelga.

Los principios, las normas y las instituciones del derecho del trabajo tienen sus raíces en el movimiento armado de 1910. Por eso los diputados constituyentes recogieron, entre otros, la jornada máxima, la estabilidad del trabajador en el empleo, la libertad sindical, la contratación colectiva, y el derecho de los trabajadores a la huelga, y los llevaron al texto de la Constitución. Son principios, normas, e instituciones que constituyen el corazón y los ideales de los trabajadores.

En un proceso democrático, las propuestas de reformas debieron someterse a la consideración de los sectores interesados, como los trabajadores y los patrones, los estudiosos y los especialistas de las cuestiones laborales, los profesores y los investigadores universitarios y de todas las instituciones especializadas y de educación superior. Lo que no se hizo en este caso, todo fue decidido en las cúpulas, de espaldas al pueblo. Ocurrió lo que dijera el diputado Héctor Victoria en el Congreso Constituyente de Querétaro, al advertir que la Constitución que se discutía no fuera a quedar ajena a sus intereses como había sucedido con otras legislaciones. Dijo Victoria: esos derechos han pasado sobre las cabezas de los proletarios, tan alto como las estrellas, allá a lo lejos.

Reformas de esta importancia, que tocan la médula de la Ley Federal del Trabajo, como es la estabilidad de los trabajadores en las empresas,

no pueden resolverse bajo presión en poco más de sesenta días, como se hizo a través de la figura de la iniciativa preferente incorporada a la Constitución en el artículo 71, fracción IV, párrafo tercero, el 9 de octubre de 2012. De esta manera se consumó la modificación de la Ley Federal del Trabajo sustancialmente; una reforma laboral *fasttrack*, en caliente, sobre las rodillas. Una reforma laboral antidemocrática.

Esta iniciativa preferente fue presentada en la Cámara de Diputados el 10. de septiembre de 2012.

En declaración pública el exsecretario de Hacienda, ahora gobernador del Banco de México, Agustín Carstens, destacó el propósito central de la iniciativa de reformas, ahora reformas vigentes, que es servir a los patrones. Dijo textualmente, palabra por palabra, el gobernador del Banco de México: "... se necesita la flexibilización de la contratación, pero también la flexibilización para despedir trabajadores, sin que sea tan costoso para las empresas".<sup>5</sup>

Al abogar por la aprobación del proyecto de reformas presentado por el presidente de la República, Agustín Carstens expresó la esencia del proyecto preparado por los actores de los patrones, que consistió en la facilidad que querían los empresarios para contratar trabajadores en las condiciones que dictara la empresa, y facilidad para despedir a los trabajadores cuando y como lo decidiera el patrón.

En seguida me referiré a los puntos más relevantes de la reforma en los que se ataca a los trabajadores, en el derecho individual, en el colectivo, y en el procesal.

### III. SE EXCLUYE EL PRINCIPIO DEL SALARIO DECOROSO

Se suprimió en el primer párrafo del artículo 30. de la ley la parte central que se refería a la filosofía de la digna retribución de los trabajadores. Señalaba que el trabajo "exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia".

Las libertades y la dignidad del trabajador, hombre o mujer, son sustento insustituible del salario que debe pagar el patrón al trabajador. Qué

<sup>5</sup> Este pronunciamiento lo hizo el presidente del Banco de México el 13 de septiembre de 2012, al participar en la Sexta Conferencia Anual de Competitividad y Regulación, organizada por la Red Mexicana de Competencia y Regulación en la Ciudad de México.

sentido tendría la libertad y la dignidad para un trabajador con un salario de hambre, arrastrando una miserable existencia de esclavo.

¿Que la parte eliminada es una declaración de principios? De acuerdo, pero contiene las razones que dan sustento al salario que permite al trabajador y su familia vivir en condiciones propias de un ser humano. Sin esos principios básicos el precepto queda sin sentido, aun cuando se esté pronunciando en contra de todo género de discriminaciones.

#### IV. CINCO CONTRATOS QUE DERRUMBAN LA ESTABILIDAD DEL TRABAJADOR EN EL EMPLEO

Con las reformas del 30 de noviembre se incorporaron los contratos en *outsourcing*, de temporada, de capacitación inicial, de pago por hora, y de prueba, para arrebatar a los trabajadores la seguridad en la permanencia en el empleo; un grave daño para los trabajadores y para su familia. Pero las cosas no paran ahí.

Este es el punto central en el empeño de arruinar al derecho del trabajo. Sin estabilidad en el empleo los trabajadores, como fantasmas, entran y salen de las empresas, ¿Cómo se constituye un sindicato? ¿Cómo se crea un contrato colectivo sustancioso, benéfico para los trabajadores? ¿Así las cosas, para qué serviría la huelga, con qué energía los trabajadores declararían la huelga? (artículos 25, fracción II, 35, 39-A, 39-B, 39-C, 39-D, 39-E, 39-F).

*¿En dónde queda la estabilidad del trabajador en el empleo, un derecho creado por el Constituyente de Querétaro y consagrado en la fracción XXII del artículo 123?*

#### V. EL TRABAJO EN *OUTSOURCING*

Se incorpora el *outsourcing* a la ley (artículos del 15-A al 15-D), un disparate que ya era una realidad en muchas empresas en toda la República. Ahora se cobija con la ley a esa figura que es madre de tantas injusticias. La empresa real, contratante, ocupa a una empresa de papel, contratista, para que directamente contrate a los trabajadores que servirán a la empresa verdadera. La contratista, una empresa que no tiene medios económicos propios y suficientes para pagar las prestaciones de los trabajadores.

La contratante y la contratista, subcontratistas ambas, pagan salarios de hambre y no otorgan las prestaciones ordenadas por la ley a los traba-

jadores. En el caso de un despido injustificado o de un accidente de trabajo, ambos “patrones” se niegan a cumplir sus obligaciones con los trabajadores. El patrón real, contratante, así quiere evadir las responsabilidades laborales con los trabajadores.

El tramposo miente de manera necesaria. En el *outsourcing*, en los artículos 15-B y 15-C, se dice que el contratante (persona física o moral que fija las tareas al contratista) debe cerciorarse de que la contratista (la empresa que alquila los trabajadores a la contratante, es decir la empresa que ejecuta las obras con los trabajadores alquilados) tiene elementos propios y suficientes para cumplir sus obligaciones con los trabajadores. También se señala que la contratante debe cerciorarse permanentemente de que la contratista cumple las obligaciones de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo. Estas son cuestiones que no incumben a los trabajadores. Son cuestiones que tienen que ver con las relaciones civiles y mercantiles de los subcontratistas.

Sobre el cumplimiento de las disposiciones laborales de la ley preguntemos, no a quienes manejan el *outsourcing* sino a los trabajadores. Preguntémosles, escuchémoslos con atención y con deseos de entenderlos, oiremos las barbaridades que nos narrarán sobre el contratante y el contratista. ¿Cuándo y cómo va a verificar todo esto la contratante? El *outsourcing* es un sistema tramposo que fue hecho para dañar gravemente a los trabajadores. Esto, con el conocimiento de las autoridades del trabajo.

Es relevante señalar que la Ley del Seguro Social se adelantó con mucho y con una gran claridad a la reforma laboral que comentamos. En la reforma publicada el 9 de julio de 2009, en el artículo 15-A, tercer párrafo, la Ley del IMSS ordenó:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando un patrón sujeto obligado, cualquiera que sea su personalidad jurídica o su naturaleza económica, en virtud de un contrato, cualquiera que sea su forma o denominación, como parte de las obligaciones contraídas, ponga a disposición trabajadores u otros sujetos de aseguramiento para que ejecuten los servicios o trabajos acordados bajo la dirección del beneficiario de los mismos, en las instalaciones que éste determine, el beneficiario de los trabajos o servicios asumirá las obligaciones establecidas en esta Ley (del Seguro Social) en relación con dichos trabajadores, en el supuesto de que el patrón omita su cumplimiento...

En el precepto anterior de la Ley del Seguro Social se regula la solidaridad entre la empresa beneficiaria directa de las obras o servicios y la empresa

intermediaria (contratante y contratista del *outsourcing*), responsabilidad solidaria a que se refieren los artículos 13 y 15, fracción I, de la Ley Federal del Trabajo. Es decir, el parche que se pretendió poner al intermediario con el *outsourcing* para desvirtuar las obligaciones laborales a fin de cuentas de nada sirvió. La solución de los problemas que se presenten la encontramos en la figura del intermediario que se encuentra regulada en la Ley Laboral del artículo 12 al 15.

## VI. TRABAJO DE TEMPORADA

En el caso del trabajo de temporada, aparece nuevamente la trampa y la consabida mentira. El artículo 35 dice que ese contrato es por tiempo indeterminado. Jurídicamente el contrato de tiempo indeterminado es un trabajo de planta, porque es un trabajo normal o necesario y permanente. Normal o necesario porque sin ese trabajo la empresa quedaría paralizada. La permanencia no quiere decir que sea día tras día, sino en periodos de tiempo fijos y determinados.

El trabajo de la cosecha de la caña de azúcar (la zafra), de la cosecha del algodón y de la naranja, el trabajo en los hoteles y restaurantes en los balnearios, son trabajos de temporada, de planta. Cuando se presenta la siguiente temporada los trabajadores tienen seguro el puesto, si el patrón se lo niega pueden acudir a demandarlo ante la Junta de Conciliación y Arbitraje por despido injustificado. Podrán demandar la prórroga del contrato y de la relación del trabajo, con sustento en el artículo 39, porque subsiste la materia del trabajo, por tanto subsisten el contrato y la relación de trabajo. Demandarán también la reinstalación en el puesto, en las mismas condiciones con las que venían prestando sus servicios.

Pero en el nuevo artículo 39-F, se señala que las labores podrán pactarse para labores discontinuas cuando los servicios requeridos sean para labores fijas y periodos de carácter discontinuo, cuando las actividades de temporada no exijan la prestación de servicios de toda la semana, el mes o el año. Confundir para engañar. Entonces, si el trabajo de temporada es de planta ¿para qué pactar los servicios para labores discontinuas, para qué tasajear esos servicios?

El artículo 35 dice que las relaciones de trabajo pueden ser por temporada o por tiempo indeterminado. No se expresan los términos como sinónimos, sino como alternativos. Luego el artículo 39-F dice que las actividades de temporada son de tiempo indeterminado. Por fin, ¿el tra-

bajo de temporada es de planta o no lo es? Desde luego que lo es, pero esto no se dice con claridad en la ley. En la ley hay confusión. La ley debe contener disposiciones, no explicaciones. En todo caso las explicaciones se hacen en la exposición de motivos, no en los preceptos de la ley.

## VII. EL TRABAJO DE CAPACITACIÓN INICIAL

Se regresó a la figura del aprendiz de la Ley de 1931, solo que ahora se le llama relación de trabajo para capacitación inicial. En el artículo 218 de la citada Ley de 1931 se establecía el contrato de aprendizaje: “Aquel en virtud del cual una de las partes se compromete a prestar sus servicios personales a la otra, recibiendo en cambio enseñanza en un arte u oficio y la retribución convenida”.

La Ley de 1970 enterró la figura del aprendizaje por fraudulenta, por mentirosa. Desde entonces toda relación laboral producía los efectos jurídicos consignados en la Constitución, en la Ley o en los contratos. Los patrones solían poner a las relaciones de trabajo el título de contratos “De aprendizaje”. La ley era más poderosa que aquella mentira; los trabajadores demostraban que había una relación laboral y ganaban los litigios en las Juntas.

El adagio popular dice que “aunque a la mona se le vista de seda mona queda”. ¿A quién se trata de engañar con la capacitación inicial? Dicen los artículos 39-B al 39-E, que este contrato tiene como fin que el empleado adquiera los conocimientos o habilidades necesarios para la actividad a la que vaya a ser contratado. También señalan que tendrá una duración de tres meses y hasta de seis meses cuando se trate de trabajadores para puestos en donde se requieren conocimientos profesionales especializados.

Se trata del mismo aprendizaje que había dejado a un lado la Ley de 1970. A fin de cuentas será el patrón quien decida si el trabajador satisface los requerimientos de la empresa. Es decir, cuando le dé la gana el patrón pondrá en la calle al trabajador.

Sucedará lo mismo si se trata de un trabajador de modesta o mediana capacidad o de nivel profesional. La ley preparada por los patrones está al servicio de los patrones. El trabajador de capacitación inicial es el aprendiz de ayer, nuevamente juguete en manos del patrón.

## VII. EL TRABAJO A PRUEBA (ARTÍCULO 39-A)

En la Ley de 1970 no existió el contrato a prueba. Se llegó a entender que la fracción I del artículo 47 contenía el contrato a prueba. No era así, esa fracción se refiere a una causa de rescisión de la relación de trabajo por la falta grave cometida por el trabajador o por el sindicato que lo promovió.

Con una interpretación errónea y mal intencionada se estuvieron manejando los contratos a prueba en las relaciones laborales de varios organismos descentralizados. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, incluso, aceptó como legal aquel contrato temporal. Se habló de los contratos de 28 días, que corresponden al mes más corto del año, que es febrero; asimismo se habló de los contratos de 30 o de 60 días.

Ahora el artículo 39-A establece el contrato a prueba: en las relaciones de trabajo por tiempo indeterminado o cuando excedan de ciento ochenta días, podrá establecerse un periodo a prueba, que no excederá de treinta días. También dice que tiene por finalidad verificar que el trabajador cumpla con los requisitos y conocimientos necesarios para desarrollar el trabajo que se solicita.

Se reitera: otra vez la confusión para el engaño. El propio artículo 39-A señala que el periodo de prueba puede extenderse hasta ciento ochenta días cuando se trate de puestos de dirección o gerenciales. Luego el artículo 39-C habla del trabajo a prueba o de capacitación inicial. En seguida el artículo 39-D se refiere a los periodos de prueba y de capacitación inicial para disponer que son términos improrrogables. ¿Por fin, el periodo de prueba y la capacitación inicial son lo mismo o se trata de cuestiones diferentes? Ahora parece que nos encontramos en el camino de que en todas las relaciones laborales habrá un periodo de prueba. ¿Es el paso que sigue para facilitar a los patrones despedir a los trabajadores que consideran indeseables?

Algo que es indudable es esto: el patrón es el que decide cuándo se va a la calle el trabajador. El trabajador queda convertido en una caña frágil en manos del empresario, el trabajador queda sujeto a los caprichos del patrón. Dice el artículo 39-A, tercer párrafo, que para dar por terminada la relación laboral el patrón tomará en cuenta la opinión de la Comisión Mixta de Productividad, Capacitación y Adiestramiento. Este es un nuevo invento muy semejante a la “Carabina de Ambrosio”.

Al ser reformada la Ley en 1978 con el capítulo de la capacitación y adiestramiento de los trabajadores, fue derogado el “periodo de prueba

no mayor de treinta días” que establecía el artículo 159, para que el trabajador comprobara su aptitud a fin de obtener su ascenso en la empresa, por vacantes o por creación de nuevos puestos.

Con la reforma citada, el artículo 159 de la ley determinó cómo debían cubrirse las vacantes definitivas. Si el patrón cumplía con la obligación de capacitar a todos los trabajadores, el ascenso correspondía a quien demostrara ser apto y tuviera mayor antigüedad. En igualdad de condiciones se prefería al trabajador que tuviera a su cargo una familia. Si la igualdad subsistía, el puesto se asignaba al trabajador que, previo examen acreditara mayor aptitud.

Si el patrón no había cumplido la obligación de capacitar y adiestrar a los trabajadores, entonces se aplicaba el llamado “escalafón ciego”, que consistía en otorgar la vacante al trabajador de mayor antigüedad, y en el caso de igualdad de circunstancias, al que tuviera a su cargo una familia.

Por lo que hace al contrato a prueba existe una excepción que se encuentra en el artículo 343, se refiere a los trabajadores domésticos. Se les puede rescindir sin responsabilidad para el patrón, dentro de los treinta días siguientes a la iniciación del servicio, y en cualquier tiempo, sin necesidad de comprobar la causa que se tenga para ello, pagando la indemnización correspondiente.

## IX. EL TRABAJO DE PAGO POR HORA

Permaneció el primer párrafo del artículo 83 que dispone que el salario puede fijarse, entre otros, por unidad de tiempo, que es el ahora llamado pago por hora.

La ponzona fue introducida en el segundo párrafo del artículo 83, que dispone que en el contrato se dirá concretamente que se trata de un trabajo con pago por hora, y que el pago se hará por cada hora de trabajo, “por cada hora”: tratándose de salario por unidad de tiempo, se establecerá específicamente esa naturaleza. El trabajador y el patrón podrán convenir “el pago por cada hora de prestación de servicio”.

Es una maniobra satánica. Se trata de pagar al trabajador cada hora trabajada pero sin prestaciones. Si el trabajador quiere ganar más trabajará más horas. El patrón le pagará más porque trabajará más, pero el trabajador tendrá que olvidarse del pago del tiempo extraordinario, del descanso semanal, tendrá que olvidarse de la prima dominical, del aguinaldo, de la participación de utilidades, de las vacaciones, de la prima de antigüedad, de la seguridad social.



Los impulsores de la reforma del 30 de noviembre de 2012 trataron de aminorar el daño diciendo que para nada se tocaba el texto del artículo 123 constitucional. Formalmente es cierto que no se tocó el artículo 123, pero en la realidad el pago por hora viola abiertamente el texto constitucional. Se acaba con la estabilidad en el empleo y se niegan al trabajador las prestaciones que le corresponden.

Dice el párrafo introducido en el artículo 83, que es el segundo, que no se excederá la jornada máxima legal y se respetarán los derechos laborales y de seguridad social. Los patrones bien podían haber dispuesto que este trozo se pusiera en letras de oro, habrían quedado maravillosas. Pero preguntemos a quienes desde hace muchos años trabajan por el pago por hora. Preguntémosles, escuchémoslos, nos hablarán de las miserias con que siempre se les ha pagado. ¿Qué ahora sí los empresarios se van a tocar el corazón y acatarán lo que ordena la ley? Con mucha razón el maestro Mario de la Cueva decía que el capital tiene callos en el corazón.

En la realidad el trabajador queda desligado de su puesto una vez que se le pagan sus horas de trabajo. Cuando al patrón se le antoje, puede despedir al trabajador de la empresa; el derecho a la estabilidad en el empleo consagrado en la fracción XXII del artículo 123 constitucional, en los hechos quedó suprimido. El patrón le dirá al trabajador: tú te comprometiste a trabajar en estas condiciones conmigo, yo me comprometí a pagarte cada hora que me trabajaras y lo estoy haciendo puntualmente; no tienes nada que reclamarme.

El primer párrafo del artículo 83 que quedó vigente es un precepto sabio: “El salario puede fijarse por unidad de tiempo, por unidad de obra, por comisión, a precio alzado o de cualquier otra manera”.

En efecto, el salario podía fijarse por unidad de tiempo, es decir, por la unidad de tiempo que es la hora. Por ejemplo, el trabajador solo puede trabajar dos, tres, o cuatro horas; así lo conviene con el patrón; pero ese trabajador tenía derecho, además, a todas y cada una de las prestaciones laborales que le correspondían. Ejemplo, es el caso de un estudiante que solo puede trabajar ese tiempo, tres, cuatro horas; se le pagan sus horas trabajadas y goza de todas las prestaciones que corresponden a un trabajador.

Desafortunadamente el pago por hora en la forma en que quedó —“el pago por cada hora de prestación de servicio”—, ya lo están practicando muchas empresas en el país, al margen de la ley, y lo que es más grave aún en contra de la Constitución de la República. Esto se remediará con el ejercicio de la supervisión rigurosa y sistemática de las autoridades del trabajo a través de la Inspección del Trabajo; tendrán que ver qué y cómo están cumpliendo sus obligaciones las empresas con los trabajadores.

Ojalá México en lo sucesivo quede muy distante de aquella expresión absurda de Vicente Fox a unos días de haber tomado posesión como presidente de la República: "... mi gobierno es de empresarios, por los empresarios y para empresarios".<sup>6</sup>

Hay una tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sustenta el criterio que interpreta con gran acierto el primer párrafo del artículo 83, que no fue modificado (Tesis: 2ª.LXI/2002). Sustancialmente expresa lo siguiente: patrón y trabajador pueden pactar una jornada por unidad de tiempo, inferior a la jornada general de ocho horas, conviniendo el pago de un salario proporcional que puede ser inferior al total del mínimo general o profesional, sin que pueda entenderse que con ello se transgrede lo dispuesto en la fracción VI del apartado A del artículo 123 constitucional, que se refiere a los salarios mínimos, ya que en tales circunstancias no es posible exigir al patrón el pago del salario mínimo general o profesional, sino un pago proporcional al tiempo laborado.

Esta interpretación se refiere al pago por hora del que se ocupa el artículo 83, primer párrafo. De ninguna manera podemos deducir de ese texto y del criterio de la Suprema Corte que el trabajador de esa jornada reducida queda sin el goce de la estabilidad y de las prestaciones a que tiene derecho conforme a la legislación laboral. Es decir, ese trabajador tiene derecho al pago proporcional de las horas trabajadas y a las prestaciones que le corresponden, como tiempo extraordinario, descanso semanal, vacaciones, prima dominical, aguinaldo, seguridad social, prima de antigüedad, etcétera.

El trabajador que necesita del trabajo acepta las condiciones que le impone el patrón; si le da oportunidad de trabajar lo hace aceptando, incluso, quedarse solo con el salario diario sin las demás prestaciones legales. Si existiera buena fe se hubiera dejado al artículo 83 de la ley en los términos en que se encontraba; pero de lo que se trató fue de despojar de sus derechos al trabajador.

Se insiste, la mala fe la vemos en el texto de engaño del segundo párrafo: el trabajador y el patrón podrán convenir el pago por cada hora de prestación de servicio. El pago por cada hora, solamente eso. Qué importa que más adelante ese párrafo diga que no debe excederse la jornada máxima legal y que deben respetarse los derechos laborales y de seguridad social que correspondan a la plaza de que se trate.

<sup>6</sup> "Las cabalgadas de Fox", Rolando Rodríguez B., enviado especial, rrodrigu@prensa.com.

Consultar a la gente es el camino más acertado para saber la verdad de las cosas. Si consultamos a los trabajadores que han sido contratados por el pago por hora, y si los escuchamos con atención, nos dirán cómo les ha ido, cómo les está yendo con ese sistema de pago.

Agustín Carstens fue muy “sincero”, digamos, demasiado “sincero”, al demandar en favor de los patrones facilidades para contratar y facilidades para despedir. Esas facilidades aquí están, se trata de un abanico de cinco posibilidades para contratar: mediante el *outsourcing*, con el contrato de temporada, de capacitación inicial, de pago por hora, y de prueba, y todas las facilidades para despedir, todo está sujeto a la voluntad del patrón.

De esa manera quedó desbaratada la estabilidad de los trabajadores en el empleo, un derecho que el Constituyente mexicano creó y consagró en la fracción XXII del artículo 123.

#### X. ABSURDA NEGACIÓN DEL CARÁCTER DE TRABAJO A LAS ACTIVIDADES ARTÍSTICAS Y CIENTÍFICAS DE LOS NIÑOS

No serán trabajo las actividades artísticas, científicas, deportivas, musicales, etcétera, que realicen los niños menores de catorce años. Esto lo dice el nuevo artículo 175-Bis. Así es que las empresas que ocupan los servicios de estos menores se darán vuelo, como se dice comúnmente, que al fin y al cabo no tienen responsabilidades laborales no obstante que los niños estén prestando servicios personales y subordinados.

Más adelante, en el inciso *c* del artículo 175-Bis se dispone que los pagos que reciba el menor por las actividades que realice, nunca serán menores a los que por concepto de salario reciba un mayor de catorce y menor de dieciséis años.

Esta es una burla de los empresarios a la Constitución, que en la fracción III del artículo 123 dispone con toda claridad: queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años.

Conforme a los artículos 8o., 20 y 21 de la ley, la relación de trabajo se crea con la sola prestación del trabajo personal y subordinado de una persona física a una persona física o moral. Para evitarse problemas los empresarios dispusieron en el artículo 175-Bis que no son trabajo las actividades artísticas, científicas, deportivas o de talento, y musicales que desempeñen los niños menores de catorce años. Es decir, si esas actividades las desarrollan mayores de catorce años, sí son trabajo. Se pone a la ley por encima de la Constitución para perjudicar a los menores.

## XI. TRABAJADORES “MILUSOS”

Conforme al nuevo artículo 56-Bis los trabajadores tendrán que desempeñar las funciones que día a día les ordene el patrón. Esto, no obstante que el artículo 25 de la ley laboral dispone que el escrito en que consten las condiciones de trabajo deberá contener: “III. El servicio o servicios que deban prestarse, los que se determinarán con la mayor precisión posible”.

En el mencionado artículo 56-Bis de la reforma los trabajadores servirán como “milusos”. Los empleados desempeñarán labores o tareas conexas o complementarias a su labor principal. El mismo precepto dice también que por esa razón podrán recibir una compensación salarial.

Volvemos a lo dicho en este trabajo varias veces: podrán recibir una compensación, de qué monto, cómo se va a obligar al patrón a cumplir esa obligación. Pero sobre todo, lo verdaderamente importante es que al trabajador se le sujeta a la incertidumbre de sus quehaceres. ¿Y dónde quedó lo ordenado en la fracción III actual del artículo 25, sobre la determinación con la mayor precisión posible de los quehaceres que desempeñará el trabajador?

## XII. SITUACIÓN DE LOS PRESIDENTES DE LAS JUNTAS

Ahora, con la reforma del 30 de noviembre de 2012, el artículo 631 dispone que las percepciones de los presidentes de las juntas especiales de la Federal de Conciliación y Arbitraje se fijarán anualmente, con sujeción a las disposiciones presupuestales aplicables.

Antes de la reforma, el artículo 631 disponía que los presidentes de las juntas especiales de la Federal percibirían los mismos salarios que los magistrados de circuito, y que los presidentes de las juntas especiales del Distrito Federal percibirían los mismos salarios que los magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Ahora no se dice cuáles serán los emolumentos de los presidentes de las juntas especiales de la Federal de Conciliación y Arbitraje. A los presidentes de las juntas especiales de la Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal ya ni se les nombra en el precepto mencionado, menos se dice cuáles van a ser sus emolumentos.

El artículo 624 antes de la reforma establecía que el presidente de la Junta Local del Distrito Federal percibiría los mismos emolumentos que correspondían al presidente del Tribunal Superior de Justicia.

Ahora el artículo 624 se concreta a decir que los salarios de los Presidentes de las Juntas de Conciliación y Arbitraje de los Estados y del Distrito Federal se fijarán anualmente con sujeción a las disposiciones legales aplicables. Es decir, gobiernos de los estados y del Distrito Federal háganle como quieran y puedan.

Los presidentes de las juntas locales de los estados y los presidentes de esas juntas especiales sentían que la ley para nada les hacía caso. Ahora no podrán decir eso, porque conforme al artículo 624 los salarios les serán fijados en cada Estado y en el gobierno del Distrito Federal, anualmente, conforme a las disposiciones legales aplicables.

Cabe recordar que las juntas de Conciliación y Arbitraje son juzgadores colegiados, los representantes del trabajo y de las empresas, colegiadamente con el presidente de la Junta, conocen de los asuntos y resuelven sobre ellos; son cuerpos colegiados, resuelven colegiadamente. En lo interno hay una gran disparidad de trato de los tres tipos de representantes. Sin ir más lejos están los ingresos de los presidentes de las juntas especiales y los salarios de los representantes del trabajo y de las empresas. Es un asunto que el legislador debe atender en la Ley Federal del Trabajo.

## XII. ESPERA INNECESARIA DEL TRABAJADOR DEL AVISO DEL DESPIDO

El antepenúltimo párrafo del artículo 47 autoriza al patrón a entregar personalmente al trabajador el aviso escrito con la causa del despido y la fecha en que se cometió, o a dar el aviso a la Junta de Conciliación y Arbitraje, dentro de los cinco días hábiles siguientes.

En ese párrafo anteriormente se disponía que el aviso del despido debía hacerse del conocimiento del trabajador de manera directa; si el empleado se negaba a recibir el aviso, el patrón lo debía hacer del conocimiento de la Junta. Ahora el patrón es el que puede escoger entre dar personalmente al trabajador el aviso del despido o hacerlo a través de la Junta.

Por otra parte, el artículo 47 tiene un párrafo nuevo que deja al trabajador en espera del aviso, es el párrafo penúltimo; dispone que la prescripción para ejercer las acciones derivadas del despido comenzará a correr hasta que el trabajador reciba personalmente el aviso de la rescisión. Somete al trabajador a la tortura de la espera.

El artículo 518, que sigue vigente, dice que prescriben en dos meses las acciones de los trabajadores que sean separados del trabajo. Luego establece que la prescripción corre a partir del día siguiente a la fecha de la separación.

Pongamos el caso de un trabajador que es separado hoy. Conforme al artículo 518, mañana puede presentar su demanda ante la Junta, es decir dentro de los dos meses siguientes puede hacerlo. Ahora, en apego al penúltimo párrafo del artículo 47 tendrá que esperar que el patrón o la Junta le entreguen personalmente el aviso del despido. Ya el despido del trabajo por sí mismo es un acto traumatizante, ahora tiene que estar en espera del aviso del despido. ¡Qué poca sensibilidad!

Lo recomendable para el trabajador, para su tranquilidad, es que a partir del día siguiente de la fecha del despido presente su demanda ante la Junta exigiendo la reinstalación o la indemnización. Con base en el artículo 518 no tendría para qué estar esperando el aviso. El hecho del despido ya se dio, es el origen de la acción que va a ejercitar. Además, no compaginan el penúltimo párrafo del artículo 47 y el artículo 518.

#### XIV. QUIEN DEMANDA LA INDEMNIZACIÓN YA NO PUEDE DEMANDAR LA REINSTALACIÓN

Ahora en el artículo 4o. se prohíbe al patrón sustituir definitivamente a un trabajador que haya sido despedido del trabajo de manera injustificada, si reclama la reinstalación, pero solo si demanda la reinstalación. Anteriormente el artículo 4o., en el inciso *a*, prohibía al patrón tratar de sustituir o sustituir definitivamente a un trabajador que hubiera sido separado del trabajo sin haberse resuelto el conflicto por la Junta de Conciliación y Arbitraje; esto si reclamaba la reinstalación o la indemnización.

Ante el despido injustificado, el empleado tenía la opción de demandar, conforme a la fracción XXII del artículo 123 constitucional, la reinstalación o la indemnización. De acuerdo con el artículo 878, fracción II de la ley, el trabajador tenía la facultad de ratificar o modificar su demanda, y en esa modificación, si estaba reclamando la indemnización podía optar por demandar la reinstalación, y de esa manera seguir el juicio.

El nuevo artículo 878, fracción II, segundo párrafo, sigue manteniendo la posibilidad de que el trabajador modifique su demanda. Solo que ahora esa modificación ningún beneficio trae al trabajador que estaba demandando la indemnización y ahora opta por reclamar la reinstala-

ción. Para entonces, el trabajador ya fue sustituido definitivamente. ¿En dónde se le va a reinstalar? Sólo le queda el beneficio de la indemnización.

¿En esas condiciones, en dónde queda la opción que ofrece al trabajador la fracción XXII del artículo 123? El artículo 4o., fracción I, inciso a, solo otorga la protección de que no se trate de sustituir ni se sustituya definitivamente en el empleo al trabajador que reclame la reinstalación sin haberse resuelto el caso por la Junta.

En pocas palabras se puede explicar este cambio diciendo que no se puede tratar de sustituir ni menos sustituir definitivamente en el puesto a un trabajador que reclame la reinstalación, sin que se haya resuelto el conflicto por la Junta. Sin embargo, el patrón ahora sí está facultado para sustituir al trabajador que está demandando la indemnización. Todo esto, sin hacer ruido, como se hace cuando se sorprende a la víctima, se le está arrancando un derecho al trabajador.

## XV. REDUCCIÓN DEL MONTO DE LOS SALARIOS VENCIDOS O CAÍDOS

En caso de despido injustificado, actualmente los trabajadores tienen derecho a los salarios vencidos, desde la fecha del despido hasta que el patrón cumpla la condena dictada por la Junta. El segundo párrafo del artículo 48 ahora ordena que se paguen salarios vencidos solo por un periodo máximo de un año.

El párrafo tercero del artículo 48 dispone que si en el año mencionado anteriormente no ha concluido el procedimiento o no se ha dado cumplimiento al laudo, se pagará al trabajador el dos por ciento mensual sobre el importe de los tres meses de salario de la indemnización constitucional y de los doce meses de los salarios vencidos, en total quince meses. El dos por ciento será capitalizable al momento del pago, es decir, se calculará al momento en que se ejecute el laudo.

Este es un remache al destrozo de la estabilidad en el empleo, estamos hablando del despido injustificado: por eso la Constitución ordena el pago de tres meses de salario y la ley disponía los salarios vencidos o caídos desde el momento del despido hasta que se cumpliera el laudo, independientemente de que el trabajador estuviera laborando o no en cualquier lugar; porque el patrón es el responsable de que esos salarios no los esté recibiendo el trabajador.

## XVI. QUEDA A CARGO DEL TRABAJADOR LA PRUEBA DE LA JORNADA EXTRAORDINARIA MAYOR DE NUEVE HORAS A LA SEMANA

Hasta antes de la reforma, conforme al texto del artículo 784, fracción VIII, la duración de la jornada de trabajo estaba a cargo del patrón; quedaban comprendidas la jornada ordinaria y la extraordinaria; la extraordinaria de cualquier número de horas.

Con la reforma, la fracción VIII del artículo 784 establece que la carga de la prueba del patrón se limita al caso en que la jornada extraordinaria sea hasta de nueve horas semanales. Es decir, la prueba del exceso de nueve horas extraordinarias a la semana está a cargo del trabajador. Se arrebató a los trabajadores este otro gajo de sus derechos.

## XVII. SE ABRE LA PUERTA A LOS TESTIGOS DE PANDILLA

En el artículo 813, fracción II, se establece que solo en el caso de que el oferente, trabajador o patrón, esté imposibilitado de presentar directamente a los testigos, pedirá a la Junta de Conciliación y Arbitraje que los cite y proporcionará los domicilios de esos testigos para que sean citados.

Conforme a la nueva disposición, cuando el oferente presente directamente a los testigos no tiene obligación de proporcionar sus domicilios. El anterior artículo 813, fracción II, ordenaba que el oferente de la prueba testimonial debía indicar el nombre y el domicilio de los testigos en cualquier caso.

Sin duda, esto validará el absurdo que diariamente ocurre en las juntas, muchos litigantes acuden a las pandillas de testigos que ofrecen sus servicios al que mejor pague. Ahí andan, ahí se les ve durante las horas en que funcionan las juntas, los abogados postulantes los conocen muy bien; lo que es más, muchas veces esos testigos contestan los interrogatorios mejor que los testigos reales.

Cabe señalar que el artículo 813, fracción I, faculta a las partes a ofrecer cinco testigos por cada hecho. Por su lado el artículo 815, fracción X, dispone que solo se recibirá la declaración de tres testigos por cada hecho que se pretenda probar, y que en el caso de que se presentaran a la audiencia más de tres testigos, el oferente de la prueba designará entre ellos a quienes la desahogarán.



## XVIII. NO HABRÁ DETALLES SINDICALES QUE NO PUEDAN CONOCER LOS TERCEROS

En los artículos 364-Bis, 365-Bis, 391-Bis, y 424-Bis, se abre hacia el público toda la información que exista sobre los sindicatos. En el fondo de la reforma está la acusación que se ha difundido en todos los medios de que los sindicatos son corruptos. Se olvida que la corrupción de algunos líderes sindicales no es problema de uno, es un problema de tres: de muchos líderes sindicales que, felices, se dejan corromper; de muchos patrones, para de esa manera someter a los líderes sindicales que les interesa manejar para beneficio de sus intereses; de algunas autoridades gubernamentales, para de esa manera manipular a líderes sindicales, casi siempre con fines electorales.

Con base en los artículos citados, se dará la máxima publicidad a los registros de los sindicatos y de sus estatutos; a los contratos colectivos y a los reglamentos interiores de trabajo celebrados entre la empresa y el sindicato. De este modo los sindicatos quedan desnudos, expuestos totalmente a la vista del público. ¿Esta publicidad se pretenderá extender a las organizaciones de todo tipo y con las instituciones de todo género?

La Secretaría del Trabajo y Previsión Social, en la materia federal y las juntas locales de Conciliación y Arbitraje en la materia local, harán pública, para consulta de cualquier persona, la información actualizada de los registros de los sindicatos, de los estatutos sindicales, de los contratos colectivos y de los reglamentos interiores de trabajo. Deberán expedir copia de los documentos mencionados, que les soliciten. Asimismo, el texto íntegro de esos documentos deberá estar disponible en los sitios de Internet de las autoridades antes mencionadas.

## XIX. DEMOCRACIA Y TRANSPARENCIA DE LOS SINDICATOS

En el procedimiento que se llevó a cabo en 2012 para las reformas de la ley, se propusieron reformas para conseguir la democracia y la transparencia de los sindicatos, como si todo dependiera de la expedición de normas, cuando el fondo del problema lo tenemos en los vicios del sistema y en el medio cultural de nuestro país.

El reformado artículo 371, fracciones IX y XIII, establece que los estatutos de los sindicatos deben contener el número de miembros de la

directiva y el procedimiento para su elección, con las modalidades que acuerde la asamblea general, y que la votación deberá ser indirecta y secreta o directa y secreta.

Asimismo dispone los periodos de presentación de cuentas y las sanciones a los directivos si no las rinden. Se establecerán las instancias y los procedimientos internos que aseguren la resolución de las controversias entre los agremiados por la gestión de los fondos sindicales (artículo 371, fracciones IX y XIII).

En el terreno sindical, cabe apuntar que es urgente acabar con las reelecciones interminables de las directivas de los sindicatos. Debemos tener presente que la no reelección es un principio de la democracia en México, consagrado en la Constitución. El artículo 83 se refiere a la no reelección del presidente de la República y por concordancia a la de los gobernadores de los Estados; el artículo 59 se refiere a la no reelección de los diputados y de los senadores. Por su parte el artículo 40 de la propia Constitución afirma la voluntad del pueblo mexicano de constituir una República democrática.

A partir del 10 de junio de 2011 el artículo 1o. de la Constitución dispone que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen obligación de garantizar los derechos humanos (los derechos laborales son derechos humanos) conforme a los principios de universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad.

Es decir, en lo sucesivo, las autoridades deben interpretar y resolver dando armonía a la libertad sindical que establece el artículo 123, con los ordenamientos también constitucionales que disponen la no reelección, conforme a los citados principios de universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad.

Es bochornoso para el país que estemos hablando de democracia sindical en los foros nacionales e internacionales, cuando no se ha podido acabar con las reelecciones interminables de muchos líderes sindicales. Los ojos están puestos en las directivas de los sindicatos más relevantes de México. Así como se acabó en la reforma reciente con las cláusulas de ingreso y de separación, por antidemocráticas, así también debe desterrarse para siempre la reelección sin fin de los dirigentes sindicales.

Las injusticias imperantes en el mundo, que nos golpean despiadadamente en México, no pueden, no deben doblegar las voluntades libres de los trabajadores; nos están abriendo amplias avenidas para la lucha y la victoria de la justicia social.

## ESTUDIO DEL ARTÍCULO: LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL DE JORGE CARPIZO

Rosa María DÍAZ LÓPEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Conceptualización de la supremacía constitucional e interpretación del artículo 133*. III. *Reflexiones acerca de la supremacía constitucional*.

### I. INTRODUCCIÓN

Es un honor tener la oportunidad de analizar el artículo del ilustre doctor Jorge Carpizo.<sup>1</sup> Por lo tanto, me congratulo de haber sido invitada a participar por los coordinadores de este homenaje, los doctores Héctor Fix-Zamudio, Héctor Fix-Fierro, Miguel Carbonell y el licenciado Luis Raúl González. A modo de exponer la metodología del presente ejercicio intelectual, le comento al lector que reseñaré los puntos más importantes del artículo y las conclusiones, incorporando las aportaciones personales que considero pertinentes. Analizar su extensa y fructífera obra constituye la mejor manera de homenajear al distinguido jurista, cuyos estudios constituyen uno de los pilares del derecho constitucional mexicano e iberoamericano.

### II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133

El artículo 133 constitucional es la base de la norma fundamental del Estado mexicano. Establece los cimientos que configuran la naturaleza y el sentido del principio constitucional de *supremacía constitucional*.<sup>2</sup>

\* Investigadora y catedrática de tiempo completo en la Universidad Autónoma de Nuevo León.

<sup>1</sup> Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 2, núm. 4, enero-abril de 1969, pp. 3-32.

<sup>2</sup> *Idem*. Me parece oportuno señalar que el principio de supremacía constitucio-

¿Qué se entiende por *supremacía constitucional*?

Por *supremacía constitucional* se debe concebir al grado supremo en que la Constitución de un Estado se encuentra como una norma que está por encima de todas las demás y que no tiene normativa superior en su línea. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>3</sup> ha considerado que la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Jorge Carpizo<sup>4</sup> afirma que la representa la unidad de un sistema normativo y apuntala para los hombres un cierto margen de seguridad, porque éstos saben que ninguna ley o acto debe restringir la serie de derechos que la Constitución les otorga y que si tal cosa acontece, existe un medio reparador de la arbitrariedad.

Para el doctor Carpizo: “Este precepto enuncia el principio de supremacía constitucional por medio del cual se establece que la Constitución es la ley suprema, es la norma cúspide de todo el orden jurídico, es el alma y la savia que nutre y vivifica el derecho, es la base de todas las instituciones y el ideario de un pueblo”.<sup>5</sup>

La idea, el principio, el hecho y la realidad normativa de que la Constitución sea la norma jurídica suprema de un país, no presupone, a primeras miras, mayores problemas. El hecho de que además de ser una norma jurídica, sea una norma jurídico-política, le concede a este principio una mayor relevancia. ¿Qué logra? Que nunca se deba escatimar en su estudio y análisis. Aun cuando la Constitución es suprema, no equivale a confundir la supremacía de la Constitución con la soberanía. El homenajeado aclara:

Al hablar de supremacía constitucional no se le debe confundir con soberanía, pues mientras soberanía es la facultad del pueblo de constituir su or-

nal guarda un interesante papel como un medio de protección del orden constitucional, así en opinión del doctor Michael Núñez Torres, el principio de supremacía constitucional: “... se puede completar con aquella que explica a la Constitución como la norma que establece las regulaciones del sistema de fuentes del derecho”, en Núñez Torres, Michael, *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución. El paradigma de Venezuela y España*, México, Universidad Iberoamericana-Porrúa-Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006, p. 108.

<sup>3</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización, *Serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano: La Supremacía Constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 38.

<sup>4</sup> Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, pp. 1 y 2.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 3.

den jurídico, supremacía constitucional es uno de los varios conceptos que el pueblo asienta en la realización del derecho. O sea que la soberanía es el origen de la supremacía constitucional, es decir, uno es un concepto creador, el primero y principal de cualquier ordenación jurídica y el otro —aunque sea deducción lógica— es un concepto creado.<sup>6</sup>

Ciertamente, Carpizo se inscribe aquí en una realidad que ha sido virtud particular del constitucionalismo estadounidense y que se ha entrecruzado con el constitucionalismo europeo de posguerra,<sup>7</sup> nutrido por doctrinas neoconstitucionales. Las Constituciones son ante todo normas jurídicas, es el derecho lo que da sentido a la Constitución; los sucesos políticos, sociales y culturales ya no le son ajenos, pero el derecho sigue siendo el baluarte que logra que los poderes se racionalicen. Por ello, la supremacía constitucional es en su sentido más primigenio, un principio de matiz jurídico.

Según la doctrina de la teoría constitucional, es normal que las Constituciones de los distintos países varíen entre la identidad que les corresponde como norma de gobierno. Sin embargo, subsiste un ideario común a todos los sistemas constitucionales procedente especialmente de la influencia del constitucionalismo estadounidense, donde la Constitución se convierte, finalmente en norma de derecho, norma jurídica.<sup>8</sup> Es decir,

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>7</sup> El constitucionalismo europeo se transformó sorprendentemente en la segunda mitad del siglo XX, algunos afirman que volvió al constitucionalismo de la República de Weimar, fuertemente adelantado, interrumpido por el asenso de Hitler al poder en Alemania. La doctora Ángela Figueruelo Burrieza lo detalla de la siguiente forma: “Ahora bien, el desarrollo concreto de estos textos constitucionales europeos vigentes representa una forma nueva e inédita de reconocer, primero, y superar después, las doctrinas existentes previamente sobre la constitución democrática. Así la idea revolucionaria y francesa del poder constituyente, reafirmada en Weimar en 1919 se transforma para aproximarse al concepto revolucionario norteamericano, según el cual el poder constituyente no solo crea la constitución, sino que sirve de fundamento al orden jurídico estatal de forma permanente y presupone un límite al poder del legislador (en este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional español 76/83, de 5 de agosto)”. Figueruelo, Ángela, “Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa”, en Casal, Jesús, Arismendi, Alfredo *et al.* (coords.), *Tendencias actuales de derecho constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrum*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2007, p. 207.

<sup>8</sup> Esta idea recurrente se puede entender mejor, si cito al jurista Manuel Aragón quien expone: “Lo que resulta hoy un lugar común, en el pensamiento jurídico (y político) más solvente, es que la Constitución es la norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre

una norma que no entra en rivalidad ni en conflicto con los sistemas democráticos modernos. En ello me abrego, cuando leo, al doctor Carpizo, quien oportunamente señala y que, en consonancia con las líneas anteriores, describe mejor que nadie todo este fenómeno que radica en los orígenes del principio de supremacía constitucional:

La Constitución norteamericana asentó en el párrafo segundo del artículo sexto el principio de supremacía constitucional a saber, “Esta constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la constitución o las leyes de cualquier Estado”. La primera vez que la Corte Suprema de ese país examinó tan importante cuestión fue en el caso Cooper Telfair, pero todos sabemos que fue en 1803, cuando Marshall en su célebre ejecutoria Marbury-Madison definió y circunscribió los alcances del principio en examen... En los Estados Unidos de Norteamérica se asentó este principio por la circunstancia histórica de que los estados integrantes de la Federación habían vivido libres y era necesario lograr la unidad indispensable en un orden jurídico.<sup>9</sup>

La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución. Por ello, coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades: de ahí que las actuaciones de éstas deban ajustarse a las disposiciones de aquélla.<sup>10</sup>

La indiscutible estela que el principio de supremacía constitucional de la carta magna de los Estados Unidos de América dejó en el constituyente de 1857, marcó todo un acontecimiento de gran impronta en el constitucionalismo mexicano. Así quedó plasmado si se repara en el estrecho paralelismo que existe, desde el punto de vista del derecho formal, en ambas Constituciones: “... los preceptos que señalan el principio de Su-

de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia, y así debe ser entendida”. Aragón, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2006, p. 113.

<sup>9</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 6.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 38.

premacía Constitucional en las Cartas Magnas de México y Norteamérica son gramaticalmente similares, pero poseen un alcance, un sentido y una interpretación completamente opuestas”.<sup>11</sup>

En las páginas posteriores del trabajo citado, el gran jurista se encargará de explicar por qué la experiencia constitucional mexicana del 133 hizo que su interpretación fuera completamente diferente a la interpretación de su idéntico precepto en los Estados Unidos. Destaca que ambos preceptos fueran gramaticalmente similares. No obstante, el citado principio —como él sugirió—, ya se había esbozado precariamente en España, Francia e Inglaterra. La aparición de este principio de manera sustancial y gramatical en el constitucionalismo estadounidense, fue identificado tardíamente con el concepto de Constituciones escritas:

También se ha discutido si el principio de supremacía constitucional sólo existe en constituciones escritas y en sistemas federales. Pensamos que tanto existe en constituciones flexibles y en los sistemas centrales y nos basamos en el argumento ya expuesto: si la Constitución es la ley fundamental, si contra la Constitución no puede ir ninguna norma secundaria, si todo acto para ser válido tiene que poder encuadrarse dentro de ella; entonces la Constitución emana del principio de supremacía constitucional que es tan valedero en una Constitución escrita, que en una no escrita, en una flexible que en una rígida, en un régimen federal que en uno central.<sup>12</sup>

Era de suponerse que existiera cierta inclinación a considerar al principio de supremacía constitucional como un principio derivado del constitucionalismo escrito, pero como el doctor Carpizo afirmó: “Las anteriores afirmaciones son únicamente deducciones lógicas de la premisa: una constitución es la ley suprema”.<sup>13</sup> En este orden de ideas, no resulta extraño que el principio de supremacía constitucional llevado a la práctica por el constitucionalismo estadounidense, haya sido acogido también por el constitucionalismo europeo.

Una vez aclarado el principio de supremacía constitucional y sus antecedentes, la explicación acerca de que el artículo 133 constitucional en México consagra tal principio, además de su coincidencia gramatical con su par en Estados Unidos, podemos dividirla en formal y material. La última sucede: “... porque la Constitución es el estatuto primordial, es el

<sup>11</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 7.

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> *Idem.*

que determina toda la actividad jurídica, es el conjunto de normas según las cuales se van a crear y según las cuales van a vivir todas las demás normas”.<sup>14</sup>

Así afirma que dos consecuencias importantes derivan de la supremacía material de la Constitución, mismas que son “... el principio de legalidad, todo acto contra la Constitución carece de valor jurídico... cada órgano tiene su competencia que no se puede delegar salvo los casos expresamente señalados por la misma Constitución”.<sup>15</sup>

En cuanto a la supremacía formal de la Constitución para Carpizo deriva primeramente “... de la idea de las Constituciones escritas y rígidas. Es decir, del hecho de que para modificar una norma constitucional se necesita la intervención de un órgano especial. Se crea un orden jerárquico de las normas del sistema jurídico donde la Constitución se encuentra en el lugar más alto”.<sup>16</sup>

Aunque desde su punto de vista el principio de supremacía constitucional no es excluyente de los sistemas constitucionales no escritos, sí se observa el hecho de que la supremacía formal es parte consustancial de este principio. De hecho, se puede percibir una huella kelseniana<sup>17</sup> —desde el punto de vista de la teoría de la Constitución—, que ha influenciado fuertemente los sistemas jurídicos modernos, por hablar del estadounidense y del mexicano, donde la idea de la Constitución como norma jurídico-positiva formal, es una idea latente y preeminente: “Kelsen declara que el derecho regula su propia creación. O sea que una norma pauta la creación de otra y la relación que existe entre la norma creada y la norma creadora y la creada no es de coordinación sino de supra y subordinación. Así la norma creadora es superior a la creada”.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>15</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 10.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> “La recepción práctica del principio de supremacía constitucional, tal como queda así establecida en América, iba a resultar muy tardía en Europa. No tiene propiamente lugar hasta ciento dieciséis años después de la sentencia de Marshall, esto es, hasta los años de la primera posguerra entre 1919 y 1939, y es obra principal de otro jurista de muy distinta traza, Hans Kelsen, que la consagra en la constitución austriaca de 1920”. Fernández Carvajal, Rodrigo, “Notas sobre el derecho constitucional como nuevo derecho común”, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1989, p. 258.

<sup>18</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 8. Ignacio de Otto explica también este fenómeno que se da en los ordenamientos constitucionales, especialmente en los ordenamientos de constituciones escritas, pero para dejar en claro la relación que tiene la cualidad de supremacía de la constitución, con la validez de la norma en el ordenamiento jurídi-



Para los efectos de este trabajo, me interesa referirme únicamente a las razones por las que la postura kelseniana también es considerada por Carpizo como una “magnífica exposición del principio de Supremacía Constitucional”:<sup>19</sup>

La unidad del orden jurídico se encuentra precisamente en que la validez de una norma se encuentra en que fue creada de acuerdo con el proceso determinado en otra norma de escaño superior y ésta a su vez fue creada por otra de jerarquía más alta hasta llegar a la norma básica, la norma que es el soporte y razón última de validez de todo este sistema jurídico.<sup>20</sup>

Hasta este momento, he analizado los aspectos referentes al principio de supremacía constitucional. No olvido que el artículo de Carpizo tiene como objetivo principal la interpretación del artículo 133 constitucional en México, misma que se deriva de los contenidos del precepto y la aplicación que del mismo hacen o pueden hacer las autoridades<sup>21</sup> en virtud de sus facultades, atribuciones y competencias constitucionales. En ese tenor es donde se observan importantes disquisiciones del doctor.

El artículo 133 constitucional se caracteriza por enunciar *la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano*.<sup>22</sup> Sin ánimo de ser redundante, dicho artículo constitucional debe establecer una jerarquía de normas para

co, que de acuerdo a Kelsen, hace que éstas sean existentes, añadido: “El concepto de constitución sólo es comprensible si se parte de un dato básico de los ordenamientos jurídicos modernos: la distinción entre creación y aplicación de normas y la atribución de la primera función a uno o varios órganos que ocupan una posición de supremacía en la organización jurídica y que desarrollan su función normadora de un modo más o menos permanente. El presupuesto primero de la Constitución es, por tanto, la existencia de la función legisladora en sentido amplio de este término, como función de crear normas. Esa función normadora puede, a su vez, dividirse en varios planos subordinados entre sí, supuesto en el cual el término legislación se reserva para el que ocupa una legislación superior”. Disponible en Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2008, p. 14.

<sup>19</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 8.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> “La plenitud del principio de supremacía incita a repetir que toda constitución —si es debe operar realmente desde y con esa misma supremacía— necesita desplegar la fuerza normativa en todas sus partes, para lograr lo que el principio de supremacía ha pretendido señalar: el cumplimiento, la eficacia, la aplicación de la constitución, y la fidelidad a ella mediante su acatamiento”. Bidart Campos, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 11.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 18.

confirmar la supremacía de la Constitución, aun cuando ésta se entiende por la naturaleza de la Constitución misma. No constituye un error de redacción, no es oscuro ni obtuso en su señalamiento, me clarifico con las palabras del homenajeado:

... creemos que la redacción de este primer párrafo del artículo en cuestión es correcta y basamos en nuestra afirmación en lo siguiente: como hemos dicho este artículo corresponde al sexto, fracción segunda de la norma norteamericana. Y ningún tratadista del país ha pensado que está mal redactado. Es más, en esa nación, el artículo funciona perfectamente.<sup>23</sup>

Este tema se adhiere a la clasificación de Mario de la Cueva, quien considera que la jerarquización de normas se establece a través de tres grandes órdenes jurídicos integrados por: “I) Constitución federal, II) Leyes constitucionales y tratados, III) El derecho federal ordinario y el derecho local”.<sup>24</sup>

En este tenor, las leyes constitucionales en la clasificación de Mario de la Cueva, reescrita por Carpizo, son la Constitución, formal y material. Sin embargo, el derecho federal ordinario que es aquél que desciende de la Constitución, “no forma parte de ella”,<sup>25</sup> puede ser local cuando ésta así lo indique. En esa clasificación aparecen como leyes constitucionales las leyes orgánicas y reglamentarias. Se añade una categoría más que es la de leyes sociales: “Aquéllas que desarrollan las bases de los derechos sociales garantizados en la Constitución, que son aquellas leyes que explican los principios de los artículos 27 y 123 constitucionales —que especifican la legislación agraria y laboral”.<sup>26</sup>

Así es como nuestro maestro, con su excelente análisis, conduce al lector hasta el punto medular que genera que la interpretación del artículo 133 constitucional en México sea un tema recurrente, inacabado y complejo. Consiste, entre otras cosas, en que no sucede como en los Estados Unidos, algo que no es fácil de identificar para quien no está adentrado en el tema. Esto incide directamente en la naturaleza principal de este artículo, en sus efectos: “Podemos afirmar que en México no existe supremacía del derecho federal sobre el local, pero que en Norteamérica el derecho federal sí priva sobre el local”.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 20.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 21.

Utilizando el método comparado con brillante inteligencia, explica las circunstancias del principio en comento en los Estados Unidos, lo coloca frente a su par mexicano y deriva similitudes y diferencias.<sup>28</sup> De esta manera es posible realizar una exégesis del artículo, una interpretación extensiva de lo que el constituyente quiso decir a través del artículo 133 de la ley fundamental. Esta interpretación de ninguna manera abusa de los defectos de su literalidad:

La primera de las diferencias se encuentra en nuestro artículo 124, que señala que las facultades no concedidas expresamente a las autoridades federales por la Constitución, se entienden reservadas a los Estados. Este artículo marca la competencia del Gobierno Federal, que es delegada, y la de los gobiernos locales en forma sumamente clara y precisa.<sup>29</sup>

Por ello, es necesario aclarar que aun cuando los dos preceptos presuponen cierto paralelismo literal, la interpretación es diametralmente distinta. No se debe explicar con superchería intelectual, sino buscando en la propia Constitución: así es como arriba a la idea de que en los Estados Unidos subyace otra diferencia en el orden constitucional:

La enmienda décima admitió el precepto anterior de la confederación pero omitió la palabra expresamente, y esta omisión fue valorada como: *The National Government might exercise incidental powers in addition to those expressly granted*. Pero además, si conectamos esta teoría con el pensamiento de las facultades implícitas, nos encontramos con que en Norteamérica, el gobierno federal ha desarrollado facultades que no le están otorgadas.<sup>30</sup>

De tal manera que fundamentándose en las consideraciones enseñadas por el profesor Mario de la Cueva y al obtener así la deducción de que en México no existían las facultades concurrentes (por lo menos tan desarrolladas como en el país vecino), el doctor Carpizo extrae que de los numerales 16, 40, 41 y 103 de la Constitución mexicana, se obtiene la evidencia de que en México no existen las facultades. Así afirma: "... nunca el derecho

<sup>28</sup> "Al ser las dos normas —el 133 y el 6, 2 párrafo— iguales, hay que buscar en otros textos constitucionales el origen de la diferencia de la interpretación, que se halla primordialmente en dos ideas". Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 21.

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 21.

federal quiebra al local, cosa que sí acontece en Norteamérica donde sí existen esta clase de facultades”.<sup>31</sup>

Con esa certeza es que él se acerca, siempre crítico, a uno de los embrollos y ofrece una acendrada interpretación del artículo 133 constitucional: “Mientras en el artículo norteamericano el problema es de supremacía de la legislación federal sobre la local, en México el problema de este artículo es de competencia”.<sup>32</sup>

La existencia del artículo 124 constitucional apareja una serie consistente de cambios entre ambos sistemas constitucionales. No se desprende de una interpretación literal del artículo 133 de la ley fundamental, sino de un análisis, de las partes del todo. En ese apartado, y para acabar con ese nudo gordiano que a veces empeña a los debates jurídicos:

... afirmamos que en México, hay supremacía de la Constitución que se encuentra en el primer grado o en el grado más alto de la pirámide jurídica. En el segundo grado se encuentran las leyes constitucionales —en la acepción que les dio Mario de la Cueva— y los tratados. Y en tercer grado coexisten: el derecho federal y el local.<sup>33</sup>

Es por ello que afirma que cuando se trata de dilucidar cuál norma federal o local es aplicable, no se plantea contradicción, sino un problema de competencia.<sup>34</sup> No ocurre esto al momento de establecer cuál norma prevalece, si la constitucional o el tratado. Respecto de esta problemática jurídica, él se adscribe a la postura siguiente:

Nosotros pensamos que un tratado anticonstitucional no se puede aplicar en el orden interno, ya que la Constitución es la suprema y los tratados se encuentran en escaño inferior y además porque podría ser una puerta abierta a toda clase de violaciones, así en un tratado se podrían vulnerar los derechos del hombre. Como la desaplicación de un tratado trae consecuencias y trastornos al país o países con los que se celebró... creemos que un país al celebrar un tratado debe examinar que no exista para ello traba en el derecho constitucional del otro, y esto respondería a la idea de que cuando uno contrata necesita conocer la situación jurídica de la otra parte.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 25.

El examen de la constitucionalidad de las leyes locales por los jueces locales presupone otro problema jurídico de larga discusión. Carpizo lo aborda desde la transcripción de las consideraciones de importantes juristas mexicanos, tomando en cuenta las principales dudas respecto de este tema: valoración de la constitucionalidad de una ley local por juez local, actividad jurisdiccional, obligación del juez de respetar la Constitución, no aplicación de leyes que la contrarían, el amparo como recurso constitucional, el monopolio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en este tema.<sup>36</sup> Al final, acaba adscribiéndose a la tesis de otro gran jurista, don Héctor Fix-Zamudio, partidario de la democracia constitucional y de tendencias amplias en el derecho. Evocando textualmente a Fix-Zamudio, expresa:

Es partidario de que los jueces locales examinen la constitucionalidad de las leyes y con gran claridad expone el mecanismo del recurso de inconstitucionalidad en el que la contraparte del quejoso es el juez común que según el afectado aplicó un precepto anticonstitucional. No se enjuicia al poder legislativo por su labor, sino que se analiza la resolución del juez quien a pesar

<sup>36</sup> Juan Silva Meza escribe que existen en la práctica tres tipos de control constitucional, el primero que consiste en la existencia de un sistema de control difuso: “en el cual la facultad para declarar la inconstitucionalidad de una norma general la tienen todos los órganos judiciales, sistema de control concentrado, basado en el principio de que solo un determinado ente, tribunal constitucional o corte suprema, puede declarar la inconstitucionalidad de una norma general”. El doctor Juan Silva Meza sostiene que en México el sistema de control constitucional es concentrado en tanto que lo ejerce “con exclusividad el Poder Judicial de la Federación”, sustenta el ministro Silva Meza que son dos trascendentes principios constitucionales, el de separación de poderes del artículo 49 y el de supremacía constitucional, los que confirmar que “La constitución es la ley suprema y fundamental”. No quiero entrar en otras explicaciones que me alejen del tema principal objeto de mi estudio, pero las opiniones del doctor Silva Meza son parcialmente ciertas, parcialmente porque en primer lugar a la luz de la reforma constitucional del año 2011, que fue posterior al escrito que aquí señalo, queda muy claro que cualquier autoridad, incluso la jurisdiccional debe respetar, aplicar e interpretar la Constitución, la reforma solo explicitó algo que la Constitución, como se verá más adelante, y como el mismo Carpizo señala, ya infería, es decir que cualquier juez inclusive el local, puede y está obligado a examinar la constitucionalidad de las leyes, cuando sea necesario, y que esto también atañe a las autoridades administrativas, inclusive a los tribunales administrativos, hecho, valioso que el doctor Jorge Carpizo, se encargó valientemente de asentar en su escrito, y de manera extensiva en toda su obra, y que reside en la naturaleza misma del artículo 133 constitucional. Silva Meza, Juan, *La interpretación constitucional en el marco de la justicia constitucional y la nueva relación entre poderes*, México, UNAM, 2002, p. 6.

de lo ordenado en el segundo párrafo del artículo 133, aplicó una norma anticonstitucional. Afirma el muy distinguido tratadista, y con toda razón, que se trata de un control de la constitucionalidad de las leyes por vía de excepción.<sup>37</sup>

Estos rasgos que apelan a mayor participación de todas las autoridades federales y locales, en el respeto de la Constitución y aplicación de las normas constitucionales cuando la norma jurídica sea claramente inconstitucional, lo que determina un ejercicio de control constitucional por parte de los jueces locales. Se encuentra de manera esencial ligado al tema de los derechos fundamentales; así, es pertinente traer aquí a otro autor, el doctor Gastón Enríquez Fuentes, quien inscrito en esta línea doctrinal, escribe:

En efecto, la protección de los derechos fundamentales que llevan a cabo las cortes o tribunales constitucionales está íntimamente ligada al principio de supremacía constitucional, pues mientras que esta última se encarga de ser el parámetro para que ningún acto de autoridad, ley o tratado pueda contravenir la ley fundamental, el control o la jurisdicción constitucional que realizan aquéllos se encarga de hacer efectivo el principio de supremacía constitucional, al otorgar los mecanismos efectivos para garantizar la supremacía constitucional.<sup>38</sup>

De esta lectura se extrae la interesante idea de qué es la jurisdicción constitucional, uno de los grandes canales que se abren a partir de la interpretación y aplicación de estos principios. Es ella (la jurisdicción constitucional) la que tiene la “... función de asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder”;<sup>39</sup> concuerdan perfectamente con esta afirmación las palabras del profesor Rodrigo Fernández Carvajal, quien expone que el principio de supremacía constitucional que inicialmente se pensó o se diseñó —por lo menos por uno de sus principales formuladores en el ámbito europeo, Kelsen— fue estructurado para un sistema de control jurisdiccional concentrado, positivista, donde la ley no tenía que ser reescrita, pues se piensa que el legislador debe escribir correctamente la ley y ella no tiene

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>38</sup> Enríquez Fuentes, Gastón, “Artículo 133: La supremacía constitucional en México”, *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho y Criminología-Universidad Autónoma de Nuevo León, Año III, núm. 8, enero-junio de 2012, p. 160.

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

por que ser revalorada, reexaminada por los tribunales jurisdiccionales, locales o federales. Ahora ha cambiado:

Contrariamente al modelo de Kelsen, pero en concordancia con los modelos italiano 1947 y alemán de 1949, en nuestro sistema no sólo queda vinculado jurídicamente el Tribunal a la Constitución, sino que la Constitución tiene un valor normativo directo: ‘Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico’ (art. 9.1). La Constitución pues, afecta y vincula a los ciudadanos, cortes, jueces, Gobierno, Tribunal Constitucional, etcétera, pero claro: este último tiene el monopolio de rechazar las leyes declarándolas inconstitucionales.<sup>40</sup>

Otra de las cuestiones centrales del artículo del doctor Carpizo es la referida a si la autoridad administrativa puede realizar examen de constitucionalidad de leyes. En ese argumento, tomando como referencia doctrinal a Gabino Fraga, destacado jurista del ramo administrativo, la respuesta concluyente es parcialmente afirmativa. Es decir, que en numerales constitucionales de contenido concreto, únicamente por autoridades con facultad de decisión, abriendo el camino para que los tribunales administrativos también realicen el examen de la constitucionalidad en esta materia.

Por lo que respecta a sus conclusiones sobre el artículo 133 constitucional, el mismo abre canales de interpretación<sup>41</sup> muy amplios. Dicho artículo no es de ninguna manera restrictivo, ya que funciona como un mecanismo de defensa y de protección preventiva de la Constitución. En la carta magna de 1917, se encuentran las respuestas,<sup>42</sup> algunas en prin-

<sup>40</sup> Fernández Carvajal, Rodrigo, *op. cit.*, p. 259.

<sup>41</sup> “Son ideales para cerrar este apartado, las opiniones del doctor Michael Núñez Torres quien escribe que: Actualmente la justicia constitucional ha evolucionado significativamente y estos cambios constitucionales vienen dados, respetando estos límites, dentro de la llamada Interpretación constitucional, la cual es ejercida por instituciones políticas jurisdiccionales (Tribunales constitucionales). A través de esta interpretación no sólo se constata la adecuación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico a la Constitución, sino que se realiza una interpretación directa del propio Texto fundamental. Esto no hace más que confirmar a la Constitución como norma de aplicación directa, y la posición preeminente de principios y valores sobre todo el ordenamiento jurídico...”, Núñez Torres, Michael, *op. cit.*, pp. 111 y 112.

<sup>42</sup> Considero importante también esta cita del doctor Carpizo: “Una de las razones por la cual la Constitución de 1917 ha sido tan longeva, ha sido su capacidad para reformarse. Sin embargo, debe quedar claro que no justifico muchas de las reformas constitucionales, tal y como he manifestado en otras ocasiones, porque al-

cipios, como lo es el de la defensa y protección de nuestro orden constitucional, otros más en la importancia de los derechos humanos y sociales.

En retrospectiva, me da gusto, añadir que con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, especialmente del numeral primero de la ley fundamental, quedan más que formalizadas muchas de estas ideas que ya estaban latentes en el artículo 133 constitucional, pero que en una sociedad tan moderna como la que vivimos, necesitan urgentemente de canales jurídicos formales y elevados. Las consideraciones del doctor Carpizo, hombre brillante, humanista y visionario, en aquel número del año 1969, en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, son tan actuales como lo fueron en el año cuando fueron escritas, sus opiniones siempre fueron certeras en beneficio de la ciencia jurídica mexicana.

### III. REFLEXIONES ACERCA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Una vez reseñado el trabajo de nuestro ilustre jurista, añadiré algunas reflexiones sobre este interesante tópico.

La Constitución de la República determina la forma de ser del Estado, establece la integración y competencia de los poderes públicos, y otorga los derechos de que goza todo individuo que se encuentre en territorio nacional. Además, constituye el fundamento de validez de los ordena-

unas han sido innecesarias, negativas o muy miopes porque no tuvieron los alcances de miras que eran necesarios". Carpizo, Jorge, *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917. En su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992, p. IX. Así la reforma constitucional funciona como un mecanismo de defensa de la Constitución, de sus valores fundamentales, pues debo apuntar aquí que desde la teoría de la constitución, la constitución es un norma fundamental, pero también contiene valores fundamentales, aquellos sin los cuales el Estado no puede existir, de allí que se infieran cierto catálogo de derechos fundamentales, sin los cuales el hombre no puede vivir bajo el ente estatal, generalmente estos derechos fundamentales son los derechos de libertad. Así la reforma constitucional, funciona siguiendo al doctor Michael Núñez Torres, para ampliar la explicación de este apartado: "Así cuando se invoca la potestad popular de renovar las reglas de juego, debemos corroborar si junto al principio liberal y democrático, también se encuentra como una suerte de bisagra integradora, el principio de supremacía constitucional. Esto nos lleva directamente al dilema de la reforma constitucional y el poder constituyente... para salvaguardar el principio democrático al mismo tiempo que el principio de supremacía constitucional, el propio constituyente debe establecer unas formas de renovación constitucional a través de la institución jurídica de la Reforma constitucional". Núñez Torres, Michael, *op. cit.*, pp. 108-110.



mientos secundarios. Estas características, entre otras, la convierten en ley suprema y como tal, exige medios de control y tribunales destinados a protegerla.<sup>43</sup>

La supremacía constitucional no es simplemente una ley fundamental que da validez al sistema en un aspecto meramente formal, sino que la Constitución debe ser conceptualizada como una entidad receptora, promotora y difusora de valores, principios y derechos fundamentales. El constitucionalismo moderno, por tanto, no solo está instalado sobre el principio de la supremacía constitucional, sino que como consecuencia del mismo, también está engarzado sobre el derecho del ciudadano a esa supremacía que se concreta, conforme al principio de la separación de poderes, en un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la supremacía constitucional. Es decir, a la justicia constitucional.<sup>44</sup>

La supremacía constitucional es una noción absoluta que no admite excepciones, por lo que el derecho constitucional a su aseguramiento tampoco puede admitir excepciones salvo, por supuesto, las que establezca la propia Constitución.<sup>45</sup>

La violación al principio de supremacía constitucional puede presentarse de dos formas: *a)* que la norma constitucional no alcance plena vigencia, en razón de que los poderes constituidos no generen las normas jurídicas que la Constitución ordena crear para hacer efectivo un mandato constitucional, y *b)* que los actos o normas jurídicas generados por los poderes constituidos estén en franca oposición a los preceptos constitucionales. Se puede afirmar que la supremacía constitucional es un principio protector de la Constitución en el que la norma primaria se convierte en fuente de fuentes, desprendiéndose así todo el sistema jurídico del Estado, jerarquizando el ordenamiento jurídico con unidad y cohesión, con la Constitución ocupando la cúspide.<sup>46</sup>

En el derecho constitucional contemporáneo, la justicia constitucional se ha estructurado como una garantía adjetiva al derecho fundamental del ciudadano a la supremacía constitucional, y como el instrumento ju-

<sup>43</sup> SCJN, *op. cit.*, p. 5.

<sup>44</sup> Brewer-Carias, Allan, Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano 2007*, 2007, t. I, pp. 63-119.

<sup>45</sup> *Idem*, p.19.

<sup>46</sup> Enríquez Soto, Pedro Antonio, “Constituciones estatales y justicia constitucional”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, p. 223, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

rídico para canalizar los conflictos entre la voluntad popular y los actos de los poderes constituidos. En esta forma, como lo señaló Sylvia Snowiss en su análisis histórico sobre los orígenes de la justicia constitucional, ésta puede decirse que surgió como un sustituto a la revolución, en el sentido de que si los ciudadanos tienen derecho a la supremacía constitucional como pueblo soberano, cualquier violación de la Constitución podría dar lugar a la revocatoria del mandato a los representantes o a su sustitución por otros, en aplicación del derecho de resistencia o revuelta que defendía John Locke.<sup>47</sup>

Es innegable la estrecha relación entre Estado de derecho y Constitución. Por un lado, la principal lucha del constitucionalismo es la *racionalización del poder* y, por el otro, en el Estado de derecho la Constitución es el sostén de toda la estructura estatal.

No en vano al constitucionalismo contemporáneo, al que prestigiosa doctrina rotula “Neoconstitucionalismo”, se le ha caracterizado como el modelo jurídico que representa el Estado constitucional de derecho. Para Prieto Sanchís, con esta denominación se hace referencia tanto a un modelo de organización jurídico-política o de Estado de derecho, como al tipo de teoría del derecho requerida para explicar aquel modelo e incluso cabría hablar de neoconstitucionalismo como ideología, para mantener la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de derecho.<sup>48</sup>

Es preciso recordar además que la Constitución se ha *juridizado*, es decir, es *Constitución Jurídica*, por lo que se ostenta fuerza normativa y no es ya (como fue en algún momento) un mero plan, proyecto o programa político sin valor normativo ni incidencia jurídica práctica, sino realidad operativa. Con ello, se ha reforzado la doctrina de la supremacía constitucional, porque se le asigna aplicación directa como norma jurídica de base<sup>49</sup> del ordenamiento jurídico de un Estado.

En otras palabras, la Constitución no contiene solamente normas, sino también principios y valores, por lo que entre *Constitución democrática* y *derechos fundamentales* se establece una relación dialéctica. La Constitución

<sup>47</sup> Brewer-Carías, *op. cit.*, p. 20.

<sup>48</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 420.

<sup>49</sup> Bidart Campos, Germán J., “La positivización de la axiología constitucional (para una teoría de la Constitución en el Estado social y democrático de derecho)”, en Modoro, Raúl y Vega, Pedro de (dirs.), *Estudios de teoría del Estado de derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UNAM-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, t. II, p. 729.

como fuente suprema del ordenamiento constituye la base del reconocimiento y la tutela de aquéllos, pero también el goce del contenido esencial de los derechos fundamentales es la condición elemental para la subsistencia del Estado democrático de derecho.<sup>50</sup>

Finalmente, en México e inspirada en la obra del doctor Carpizo, concluimos que:

- a) El artículo 133, en relación con los diversos 16, 103 y 124, todos de la Constitución de nuestro país, estatuye la jerarquía normativa dentro del sistema jurídico mexicano, que en primer lugar presenta a la Constitución federal, seguida por las leyes constitucionales y los tratados internacionales y, finalmente, por las leyes federales y las locales.
- b) Persistentemente, en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no solo la carta magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la ley fundamental, lo que claramente indica que solo la Constitución es la ley suprema.<sup>51</sup>
- c) La Constitución es expresión normativa del ideal de convivencia que desea el pueblo mexicano; es el "sistema de vida" que los ciudadanos de este país hemos plasmado en su texto alrededor de su ideal democrático, como indica su artículo 3o. y a cuya realización aspiramos sin distinción de género, posición o pensamiento.

Mediante la ley fundamental, el pueblo de esta gran nación ha comprometido su vida en alcanzar altos y grandes objetivos. Por eso, su salvaguardia judicial es una función republicana, correspondiente a la "cosa pública": aquello en lo que todos estamos interesados.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Rolla, Giancarlo, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Lima, Instituto iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)-Grijley, 2008, p. 56.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p.49.

<sup>52</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La democracia y el juez constitucional", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 13, enero-junio de 2010, p. 421.



## RIGIDEZ CONSTITUCIONAL. UN CONCEPTO TORAL

*A Jorge Carpizo. In memoriam*

Sergio DÍAZ RICCI\*

Cada persona es un universo  
que convive con terceros universos,  
cuya esencia es la misma que la suya:  
la dignidad humana.  
Jorge CARPIZO

Se presenta a la rigidez constitucional como una consecuencia de la supremacía de la Constitución. Desde el punto de vista político, es exacto: porque se quiere asegurar la supremacía de la Constitución se le da un carácter rígido. Pero, jurídicamente, en tanto la Constitución es rígida, se puede hablar de su supremacía dado que, si ella no fuere rígida no se distinguiría, desde un punto de vista formal, de las leyes ordinarias.

George VEDEL, *Manuel elementaire de droit constitutionnel*,  
París, Sirey, 1949, p. 117.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Rigidez material y formal*. III. *Concepto*. IV. *Fundamento*. V. *Naturaleza*. VI. *Finalidad*. VII. *Efectos*. VIII. *Reflexiones finales*.

### I. INTRODUCCIÓN

La rigidez constitucional es un elemento de que se vale el constituyente para asegurar políticamente el resultado y perdurabilidad de su obra y jurídicamente para establecer la supremacía del texto constitucional so-

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Tucuman, Argentina.

bre otras normas. Estas finalidades se buscan alcanzar estableciendo un procedimiento dificultado para modificar, válidamente (o sea, en perfecta continuidad jurídica) las disposiciones constitucionales.<sup>1</sup> En suma, a través de una herramienta procesal se intenta asegurar la permanencia efectiva de la Constitución. Esto es lo que la doctrina constitucional ha denominado “rigidez” constitucional.

Titulamos al epígrafe “rigidez constitucional” porque entendemos que la rigidez alude a una cualidad que se manifiesta en un conjunto de Constituciones que, en la actualidad, componen la casi absoluta mayoría

La rigidez es una característica que solo se puede dar en las Constituciones escritas.<sup>2</sup> Advirtamos que no existe paralelismo entre la dupla rigidez-flexibilidad, por un lado, y Constitución escrita-Constitución no escrita, por el otro. En efecto, no solo hay rigidez propiamente dicha en las Constituciones escritas pues puede haber flexibilidad también en Constituciones escritas.

Rehusamos el empleo apriorístico de la clasificación de Constituciones rígidas en contraposición a Constituciones flexibles porque ello connota una significación recíprocamente excluyente, una categorización restrictiva de las Constituciones. No creemos que la “rigidez” sirva como criterio de clasificación de Constituciones porque no llega a configurar un tipo constitucional definido en la medida que todas las Constituciones tienen un cierto grado de rigidez en un sentido amplio o político. En efecto, la rigidez en sentido estricto es característica en gran parte de las Constituciones y se encuentra ausente solo en el sistema constitucional británico (o sus imitaciones). Además, estimamos poco útil una clasificación que tenga, por un lado, la casi totalidad de las Constituciones existentes y, por el otro, solo un caso excepcional pues más que una classifica-

<sup>1</sup> En contra Laferriere, Julien, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2a. ed., París, Editeurs Domat-Montchrestien, 1947, p. 285, y Duverger, Maurice, *Manuel de Droit Constitutionnel et Science Politique*, París, PUF, 1948, p. 200 cit. por Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1981, vol. II, p. 506, quienes citan como caso de rigidez las leyes fundamentales del Reino en la Antigua Monarquía francesa, en su mayor parte consuetudinarias, que no podían ser modificadas por el legislador ordinario, o sea, solo por el rey, sino era necesario contar con el consentimiento de los Estados generales. No creemos que pueda en este caso, hablarse propiamente de rigidez constitucional cuando la calificación de “fundamental” las leyes del Reino, así como la oportunidad de su convocatoria y el procedimiento para recabar en consentimiento, estaba librado a las reglas ordinarias. Además, no estamos en presencia de una Constitución en sentido moderno.

<sup>2</sup> Véase Díaz Ricci, Sergio, “Sentido y valor de una Constitución escrita”, *Revista Jurídica*, núm. 9, invierno de 2005, pp. 164-197.

ción (relación entre conjuntos) estamos ante un caso de regla-excepción. Por ello consideramos inútil la distinción Constitución rígida y flexible, porque la rigidez es un atributo jurídico característico de todas las Constituciones escritas, susceptible de presentarse en grados diversos.

La rigidez se refiere a la calidad de rígido de algún objeto. Es la expresión sustantivada del adjetivo rígido característico de alguna cosa. Se califica algo como “rígido” cuando no se puede o resulta difícil, doblar o torcer, es decir, que no es flexible.<sup>3</sup> Observamos, por tanto, que es una cualidad que se define negativamente por la ausencia de flexibilidad, por la imposibilidad o dificultad de ser flexible, de doblarse fácilmente, de adaptarse o torcerse. En consecuencia, es un concepto relativo que se relaciona con una cualidad positiva, la flexibilidad, cuando ella no existe o está ausente.

La aplicación de esta terminología en materia constitucional es obra del autor irlandés James Bryce que en 1901, en su trabajo *Studies in History and Jurisprudence*,<sup>4</sup> propuso clasificar las Constituciones en flexibles y rígidas. Ésta se basa en la facilidad o dificultad que existe para modificar la Constitución.

Las constituciones de tipo más antiguo —expresa Bryce— pueden llamarse flexibles, porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus caracteres principales. Las constituciones del tipo más moderno —añade— no poseen esta propiedad porque su estructura es dura y fija. Por lo tanto, no hay inconveniente en darles el nombre de constituciones rígidas.<sup>5</sup>

El criterio clasificatorio de esta distinción está dado por el valor de la fuente de normación constitucional, es decir, se corresponde con la pregunta de quién está legitimado para dictar normas constitucionales. Mientras el sistema flexible no reconoce una jerarquía en las fuentes de derecho, el sistema rígido se funda en un principio jerárquico de las fuentes de derecho.

<sup>3</sup> Cfr. Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, Madrid, Gredos, p. 104; Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa Calpe, 1984, vol. II, p. 1190.

<sup>4</sup> Véase Bryce, James, *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901, t. I, pp. 145 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. Bryce, James, *Constituciones rígidas y flexibles*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963 (2a. ed. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú), p. 26; Carl J. Friedrich critica la expresión “rígida” empleada “En realidad —propone— sería mejor denominarla Constitución ‘firme’, ya que el adjetivo ‘rígida’, prejuiza, intencional o accidentalmente, el caso” (*Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, I.E.P., 1975, vol. I, p. 287).

Esta denominación merece las críticas que arriba hicimos a este género de clasificación puesto que se reduce a efectuar la descripción de un tipo único —la “Constitución inglesa”— por un lado, y el resto de las Constituciones, por el otro. Además emplea un método epistemológicamente contradictorio. En efecto, basa su construcción conceptual sobre el sistema constitucional británico —que califica de flexible—, pero lo analiza desde criterios ajenos al mismo que extrae de los sistemas constitucionales que acusan rigidez. En alguna medida su intento corresponde a lo que Lucas Verdú calificó como la “pretensión formalista de explicar unitariamente la naturaleza de la flexibilidad desde la rigidez”.<sup>6</sup> Una Constitución es flexible porque no existe impedimento alguno —como lo hay en los sistemas rígidos— para que el orden constitucional establecido sea modificado por la vía legislativa ordinaria o por la formación de nuevas costumbres. En efecto, el sistema constitucional inglés, tomado como eje de la reflexión de Bryce, es susceptible de ser alterado por medio de una ley que dicte el omnipotente Parlamento británico (norma legal que será escrita) o a través de la aparición de un nuevo uso que desplace a una norma o a una costumbre constitucionales preexistentes.<sup>7</sup>

En último análisis, en el planteamiento de Bryce —cuya preocupación central es la descripción del orden constitucional británico del cambio de siglo XX— subyace la intención de colocar bajo un mismo manto, según un criterio único, el sistema constitucional inglés junto a las demás Constituciones escritas democráticas. Por eso, calificar de “Constitución” al sistema político inglés responde a la clara intención de asimilarlo a las demás Constituciones, escritas y rígidas, difundidas universalmente. En conclusión, hoy resulta inconsistente la clasificación propuesta por Bryce aunque algunas de sus consideraciones merecen ser tenidas en cuenta.

<sup>6</sup> *Cfr.* Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, *cit.*, vol. II, p. 599.

<sup>7</sup> El punto de referencia alrededor del cual gira la exposición de Bryce, es el sistema constitucional inglés al que califica de “flexible” porque este ordenamiento —compuesto de costumbres, usos constitucionales, decisiones judiciales, y algunos documentos constitucionales (tratados, estatutos, cartas y leyes)— puede ser libremente modificados por el Parlamento. El Parlamento es el único órgano con competencia para dictar todo tipo de leyes, cualquiera sea su naturaleza, constitucional u ordinarias, y lo hace a través de un mismo procedimiento legislativo. Si bien existe la práctica que en estos casos se proceda a disolver la Cámara de los Comunes para llevar adelante un proceso electoral en el que la propuesta de modificación será dirimida por el pueblo (indirectamente a través de la elección los representantes de las distintas opiniones), sin embargo, no existe ninguna regla que señale cuándo y bajo qué circunstancias este requisito debe ser cumplido.



## II. RIGIDEZ MATERIAL Y FORMAL

El presupuesto fáctico que sostiene la construcción jurídica de la rigidez constitucional es el propósito de introducir modificaciones en la normativa de la Constitución a fin de adecuar la preceptiva constitucional para que siga siendo, en lo concreto, efectiva normación ordenadora de la realidad constitucional. En efecto, el principio de efectividad, sobre el que se funda la existencia misma de la Constitución, determina la necesidad del cambio del texto normativo ante los requerimientos y la presión de una realidad socio-política. La modificación del ordenamiento constitucional reclama una tarea de elaboración normativa (derogando, enmendado, añadiendo preceptos al texto constitucional). En el fondo, como señalamos más arriba, la cuestión jurídica de la rigidez constitucional reside en la determinación de la fuente de la normativa constitucional. De lo expuesto, podemos decir que la “rigidez” en derecho constitucional nos conduce a una cuestión de naturaleza jurídica por lo que se impone diferenciar una noción de rigidez de índole material, de la rigidez en sentido propio de índole jurídico-formal.

- a) En sentido material o político, la rigidez tiene un carácter amplio que no coincide con el concepto de “rigidez” propio de la dogmática constitucional.

La rigidez constitucional en sentido amplio alude a la genérica resistencia que todo sistema constitucional ofrece a las presiones y a las insinuaciones de modificación que provienen de la realidad social, política o económica. Es un fenómeno de naturaleza política dado que la firmeza del sistema constitucional vigente se apoya en la constancia de la voluntad política de los detentadores y destinatarios del poder, y perdurará mientras ésta subsista con fuerza suficiente para mantenerse.<sup>8</sup> Podemos decir, en este sentido, que la rigidez de un ordenamiento constitucional participa de la permanencia, por voluntad política y por inercia, de su sistema político.

<sup>8</sup> Véase Miceli, Vincenzo, *Principii di Diritto Costituzionale*, 2a. ed., Milano, Societa Editrice Libreria, 1913, expresa: “Sono appunto questi convencimento che assicurano la stabilita di una Costituzione o di alcune parti assai meglio che non tutti gli altri provvedimenti di carattere formale, poiche essi hanno le loro radici nella coscienza della collettivita, cioe in quelle forze psichiche dalle quali, in ultima analsi, deriva al diritto la sua efficacia a la sua forza imperativa”, pp. 164 y 165.

La duración del orden político se comunica al ordenamiento constitucional dándole resistencia a los cambios.<sup>9</sup> Todo orden constitucional goza de cierta rigidez y permanencia en cuanto usufructúa de la estabilidad propia de todo sistema político que, naturalmente, no está en continuo cambio.

Pero esta noción de rigidez la encontramos en todas Constituciones, incluso en las predominantemente consuetudinarias y flexibles. Justamente la Constitución inglesa, modelo de Constitución no escrita y flexible, en los hechos, ha sufrido muy pocos cambios en su larga vida, es decir, es la que ofrece un mayor grado de rigidez en este sentido amplio o político.

Desde una perspectiva formal, puede constatarse que una cierta rigidez corresponde a la natural resistencia que toda Constitución escrita —en mayor grado si es codificada— ofrece a las presiones y demandas de la realidad socio-política. “*Formalmente, —enseña Miceli— tutte le Costituzioni sono rigide, come e rigido il diritto. Una costituzioni veramente flessibile non sarebe giudici*”.<sup>10</sup>

También, desde otro ángulo, encontramos un elemento rigidez en toda Constitución escrita porque la invariabilidad textual de toda grafía, al fijar los significados, dificulta cualquier cambio de contenido. En este sentido afirma Lucas Verdú que “no hay Constitución escrita flexible, sino sólo rígidas... Habrá, pues, mayor o menor grado de rigidez pero, siempre algo de ella”.<sup>11</sup> Además, cierta rigidez se alcanza por la forma codificada de las Constituciones escritas porque, de ese conjunto sistematizado y unificado de principios y normas, se puede extraer respuestas para evitar cualquier proposición de cambio normativo.<sup>12</sup>

Sin duda, todos estos aspectos confluyen a otorgar a una Constitución un cierto grado de resistencia a ser alterada, sin embargo, no se debe confundir esta rigidez con la noción de rigidez propiamente dicha, elaborada por la dogmática constitucional.

En este sentido amplio, todas las Constituciones son en cierto modo rígidas. La rigidez desde este punto de vista constituye un concepto relativo pues no puede haber nunca rigidez absoluta.<sup>13</sup> Por caso, la modificación de la sedicente “Constitución” inglesa es muy dificultosa en los hechos porque el valor de lo tradicional, fuertemente arraigado en las

<sup>9</sup> Ver Lucas Verdu, Pablo, *Curso...*, cit., vol. II, pp. 600 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. Miceli, V., *op. cit.*, p.163.

<sup>11</sup> Cfr. Lucas Verdu, Pablo, *Curso...*, cit., vol. II, p. 595.

<sup>12</sup> Dejamos de lado el fenómeno de la mutación constitucional, sobre lo cual puede verse Díaz Ricci, S., “*Introducción a las mutaciones constitucionales*”, *Revista “Estado & Derecho*”, núm. 21-26, 1998-2000, pp. 93-125.

<sup>13</sup> Cfr. Miceli, V., *op. cit.*, p. 163.

fuerzas políticas, hace que, en realidad, no se admitan cambios en el sistema constitucional. Es casi una ironía que el ejemplo paradigmático del tipo constitucional flexible (teórico y jurídico), en la práctica, presenta el grado más elevado de rigidez material. Y, sin embargo, en esto, no existe una contradicción, pues, precisamente este caso nos demuestra que esta noción de rigidez existencial o política —pura cuestión fáctica— no se corresponde con el concepto de rigidez constitucional en sentido propio. En efecto, un sentido tan amplio de rigidez es verdaderamente inútil pues, precisamente, como en el caso del sistema constitucional británico mientras, por un lado, presenta la máxima rigidez de hecho o política, por el otro, es tenida por la de máxima flexibilidad formal. Esto es revelador de que este enfoque de la rigidez no se corresponde con lo que en el campo del derecho constitucional se conoce por “rigidez constitucional”.

- b) Lo expuesto nos lleva a analizar el concepto propiamente constitucional de la rigidez que, según lo elaborado por la dogmática constitucional, es de naturaleza jurídico-formal. En efecto, un elemento formal —el procedimiento de reforma agravado— es el que, al dificultar la modificación de los preceptos constitucionales, provoca como consecuencia una relativa invariabilidad del texto de la Constitución, es decir, la rigidez constitucional.

Es necesario dejar señalado que esta categoría conceptual solo es aplicable partiendo del supuesto de una Constitución ya existente, pues, precisamente, debe preceder un texto constitucional que establezca con anticipación las pautas formales sobre las que se funda la rigidez. En efecto, solo preexistiendo una Constitución que tenga establecido un procedimiento de enmiendas con condiciones y requisitos que dificulten su empleo, podrá tener lugar la rigidez constitucional, es decir, la aparición de tal característica en la Constitución.

En el momento de gestación primigenia de una Constitución no existe un procedimiento de elaboración predeterminado por el texto constitucional preexistente simplemente porque aún no existe tal Constitución. En estos momentos liminares de ejercicio de poder constituyente primario no se puede hablar de rigidez pues no existe una Constitución precedente. “*Ces formes particulieres par quoi se caracterissent les lois constitutionnelles* —enseña Laferriere— *n’apparaissent pas toujours dans leurs elaboration premiere*.<sup>14</sup> La rigidez presupone una Constitución porque, desde un punto

<sup>14</sup> Cfr. Laferriere, J., *op. cit.*, p. 284.

de vista lógico, por referirse al momento de modificación o alteración de un documento constitucional demanda la presencia de la Constitución a reformar, por ello es una categoría jurídica que no aparece en el caso de establecimiento de una Constitución de nueva planta.<sup>15</sup>

Dentro de este marco conceptual es posible demarcar la rigidez como una cuestión que se relaciona con la producción subsecuente de normas constitucionales. La rigidez es el efecto que sobre una Constitución tiene lugar como consecuencia de los obstáculos que se disponen para entorpecer la producción futura de normas constitucionales, y conduce a revestir al conjunto de los preceptos existentes con una cierta permanencia. El procedimiento de reforma aunque, en principio está dirigido a alterar puntos del ordenamiento constitucional establecido, por exigir requisitos más difíciles de cumplir, produce un efecto indirecto, en sentido opuesto, de rigidizar al texto constitucional existente.

### III. CONCEPTO

Una vez hechas estas aclaraciones previas, podemos definir adecuadamente el concepto de rigidez constitucional en sentido propio.

La rigidez constitucional consiste en el efecto de permanencia relativo de los textos constitucionales producido por la disposición de obstáculos procesales que dificultan el mecanismo de elaboración de normas constitucionales, a través de un procedimiento constituyente que se diferencia del legislativo ordinario por su mayor complicación.

La rigidez constitucional es el resultado de la presencia de elementos formales. En efecto, en la medida que para modificar los preceptos constitucionales o, lo que es lo mismo, para el dictado ulterior de normas constitucionales, haya que superar ciertos obstáculos procedimentales, mientras ello no suceda, el documento constitucional existente gozará de una cierta intangibilidad, lo que le confiere al texto de la Constitución existente un alto grado de permanencia.

A veces suele emplearse impropiamente el término “rigidez” para referirse a la pesadez del *procedimiento de elaboración* de normas constitucionales que por estar sometido a requisitos y condiciones especiales lo hacen más gravoso que el procedimiento legal ordinario. No es esta complicación procesal que interesa a la teoría de la Constitución sino la rigidez

<sup>15</sup> Cfr. Duverger, M., *op. cit.*, p.194, cit. nota 1.

constitucional como efecto sobre *el conjunto de los textos constitucionales*, es decir, sobre la Constitución.

La rigidez constitucional se manifiesta en el procedimiento agravado de reforma constitucional. Sin embargo, la regulación de un procedimiento especial, excede el marco de una mera cuestión de técnica constitucional, pues tiene una serie de implicaciones y produce una variedad de consecuencias que explican que el fenómeno de la “rigidez constitucional” haya atraído la atención de la dogmática constitucional. La importancia de la rigidez constitucional radica en la riqueza y diversidad de *efectos* que se derivan de establecer un procedimiento agravado de reforma constitucional. Teniendo en vista estas consecuencias, Bryce elaboró la categoría de las Constituciones rígidas teniendo en cuenta el grado de dificultad para introducir cambios en la Constitución, esto es, el efecto de rigidez sobre los textos constitucionales que ocasiona el procedimiento establecido para producir los cambios constitucionales.

Desde un punto de vista complementario, vemos que lo que se dificulta es la elaboración de nuevas normas constitucionales sometiénosela al cumplimiento de un procedimiento especial, el que actúa como condición formal para que el producto legislativo obtenido por esta vía, revista la calidad de “constitucional”, es decir, goce de la supremacía jurídica propia de los preceptos constitucionales. “La definición entre Constitución rígida y flexible —enseña Pizzorusso— es aquella que más directamente repercute sobre la calificación de la Constitución como fuente del derecho”.<sup>16</sup>

El procedimiento especial de elaboración normativa constitucional, en sí mismo, no produce inmanentemente ningún efecto jurídico, es una condición formal cuyo cumplimiento permite identificar a las normas así obtenidas como “constitucionales”, es decir, reviste a las normas jurídicas de naturaleza constitucional para pasar así a formar parte del texto constitucional. Pero estos nuevos preceptos que se estiman como constitucionales invisten la calidad de normas jurídicas “supremas” en virtud de la supremacía de la Constitución.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Cfr. Pizzorusso, Alessandro, “Garanzie Costituzionali”, *Comentario della Costituzione a cura di G. Branca-art.134-139*, Banicelli Editore Bologna, Il foro Italiano Roma, 1981, p. 708.

<sup>17</sup> Véase Díaz Ricci, Sergio, “Supremacía de la Constitución”, en Morodo, Raúl y Vega, Pedro de (dir.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú*, México-Madrid, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, t. II, pp. 895-930.

Para caracterizar la superior importancia, sobre las demás normas jurídicas, de aquéllas que, por expresa voluntad del legislador histórico de la Constitución, valían como normas fundamentales y tenían su expresión en el documento constitucional, —enseña Heller— les fue asegurada en muchos textos constitucionales una alta garantía de permanencia, debían tener una mayor duración y estabilidad que los restantes preceptos jurídicos de la ordenación estatal, subordinados a ellas y de ellas derivados. Por esta razón —concluye diciendo el maestro alemán— muchos textos constitucionales exigían para su modificación, ciertos supuestos especiales y difíciles, y especiales responsabilidades a los órganos del Estado garantizaban su observancia.<sup>18</sup>

Solo gozarán de la permanencia que conlleva la rigidez, aquel conjunto de preceptos contenidos dentro de los límites textuales formales de una Constitución. Únicamente respecto de esas normas (en caso de modificación) debe observarse el procedimiento agravado preestablecido. Otras normas aunque traten materia constitucional si no están comprendidas dentro del cuerpo de la Constitución, no serán rígidas pues pueden ser modificadas por el mismo procedimiento establecido para el dictado de normas de su mismo grado o categoría normativo.

#### IV. FUNDAMENTO

De lo expresado resulta que el procedimiento agravado de reforma encuentra su razón de ser en el principio de supremacía constitucional. Es decir, que la rigidez constitucional halla su fundamento último en el superior valor jurídico de las normas constitucionales preexistentes, cualidad que se atribuye a los preceptos dictados según el procedimiento establecido.<sup>19</sup> Las normas constitucionales subsecuentes se recubren de la misma fuerza especial que goza el resto de las normas constitucionales, jurídica-

<sup>18</sup> Cfr. Heller, H., *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 293.

<sup>19</sup> Actualmente habría que agregar dentro de ésta aquellas normas que a las que se atribuye jerarquía constitucional aunque revisten el carácter de leyes del Parlamento, como las leyes constitucionales en Italia o los tratados de derechos humanos en Argentina (artículo 75, inc. 22, Constitución argentina). Sin embargo, no obstante ser dictados por el Parlamento ordinario, se exige un procedimiento especial de sanción que las distingue de las leyes ordinarias.

mente superiores respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. En otros términos, la observancia del procedimiento formal de revisión establecido permite a las normas elaboradas en su consecuencia, participar de la posición de supremacía jurídico-política de la Constitución.

En efecto, en aquellos sistemas donde la normativa constitucional no goce de supremacía jurídica respecto de las restantes disposiciones legales, es decir, donde no rija el principio *norma superior derogat priori*, la Constitución, será flexible por cuanto no existe obstáculo alguno para ser libremente modificada, por tanto, carece de aquellos requisitos formales para su modificación, los que dan a la Constitución una complejión rígida, haciendo perdurable su texto.

Recordemos que las razones de la supremacía constitucional, de la que deriva la superior fuerza jurídica de las normas constitucionales que justifica la rigidez, es una consecuencia del poder constituyente popular que, ejercido en el marco de una democracia representativa, tiene por objeto asegurar el contenido de la voluntad popular expresada frente a los órganos constituidos representativos.<sup>20</sup> “*In realta la funzione dell’aggravamento —expone Mortati— non si adempia per il semplice fatto di rendere più difficile la formazione della legge costituzionale risultando essa piuttosto dal ricorso a certe particolari difficoltà idonee a conferirle un’impronta di maggiore autorità...*”<sup>21</sup> En efecto, la supremacía constitucional despliega su efecto normativo en un doble sentido: *a*) uno activo referido a la fuerza innovadora, es decir, a la aptitud de introducir nuevas normas en el ordenamiento constitucional y, por lo tanto, en el ordenamiento jurídico en general (relativo a la reforma constitucional y su procedimiento); *b*) uno negativo —referido propiamente a la cuestión de rigidez que nos ocupa— representado por la fuerza de resistencia frente a actos normativos de grado inferior que la contradijeren.<sup>22</sup>

Para Bandeira de Melo:

La aparición de la idea de rigidez denuncia la influencia de dos principios filosóficos: *a*) que la comunidad política se origina en un contrato, el cual es la fuente de las autoridades; *b*) que hay derechos naturales del hombre anterior-

<sup>20</sup> Cfr. Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 38-53.

<sup>21</sup> Cfr. Mortati, C., voz “Costituzione” (Doctrina Generali e Costituzione della Repubblica Italiana)”, en varios autores, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1962, vol. II, p. 188.

<sup>22</sup> Cfr. Spagna Musso, Enrico, *Diritto Costituzionale*, Padova, CEDAM, 1979, Vol. I, p. 104.

res a la sociedad, por el contrato social esta se obliga a protegerlos y garantizarlos contra cualquier atentado.<sup>23</sup>

La fuente filosófica de la rigidez constitucional, entendida como la supremacía jurídica de las normas constitucionales fundada en un procedimiento especial de reforma, se encuentra en la Escuela de derecho natural y de gentes, al formular la doctrina de contrato social. La Constitución como expresión del contrato social suscrito por todo el pueblo en ejercicio de su poder soberano de autoconstitución, se coloca por encima de todos los poderes estatales instituidos, incluso del Poder Legislativo, creados y organizados por la Constitución. En consecuencia, “*les pouvoirs constitués, et notamment le pouvoir législatif*—enseñan Barthelemy y Duez— *n’existent que par la constitution et dans les limites de celle-ci, il ne leur appartient pas de modifier les conditions de leur existence*”.<sup>24</sup> Si los legisladores reciben sus poderes de la Constitución “¿Cómo pueden cambiarla sin destruir el fundamento de su autoridad?” se preguntaba Vattel. Para aventar este peligro se establece un mecanismo que prevenga la posibilidad de atentados por el Legislativo ordinario, manteniendo la Constitución en una posición jurídica superior, fuera de su alcance.

En Norteamérica, la génesis de la rigidez constitucional reconoce, además, otras causas: por una parte, ya en la época colonial las legislaturas coloniales no podían vulnerar las cartas coloniales que las establecían y, por otra parte, por imperativo del sistema federal adoptado se impuso una forma rígida (artículo V). La Constitución federal era un acuerdo de convivencia política entre Estados particulares iguales e independientes entre sí que concurrieron a la formación de órganos comunes, federales. En consecuencia, no puede existir ningún órgano federal instituido que pueda alterar los términos del convenio de federación en el que no ha intervenido y del que depende su misma existencia. La manera de garantizar los términos de la Constitución federal contra los ataques de los órganos federales es a través del sistema de rigidez constitucional que

<sup>23</sup> Cfr. Aranha Bandeira De Melo, Oswaldo, *A Theoria das Constituicoes Rígidas*, Sao Paulo, Empreza Graphica da “Revista do Tribunaes”, 1934, p.17. Junto a los principios filosóficos añade razones morales y jurídicas, y a los sentimientos de la propia tradición como fundamentos de la rigidez: “As razoes jurídicas tem —a educacao cívica do cidadao pelo proclamao de seus direitos— a superioridade da lei scripta sobre o costume. A tradicao constia no principio... do distincacao entre a lei constitucional e a lei ordinaria”, p. 18.

<sup>24</sup> Cfr. Barthelemy, Joseph et Duez, Paul, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, Dalloz, 1933, p. 189.



sustraiga a éstos de la capacidad reformadora, porque la obligación de dar intervención a las voluntades que concurrieron a originar el pacto federal para poder modificar sus términos, dio lugar a un procedimiento agravado sobre el que se apoya la superioridad de la Constitución federal sobre el Estado federal y sobre cualquier Estado federado en particular (caso *Marbury vs. Madison*).

## V. NATURALEZA

Todos concuerdan en sostener que la rigidez constituye una garantía de la Constitución escrita. Solo gozan de esta protección los preceptos que componen el texto constitucional, sean o no de contenido materialmente constitucional, por tanto, aquellas normas con sustancia constitucional contenidas en leyes ordinarias o en otros cuerpos legales no gozan de la garantía de la rigidez.

Esta garantía se alcanza a través de un elemento formal: el procedimiento de elaboración de normas constitucionales agravado (respecto del procedimiento legislativo ordinario), y de un elemento jurídico: la superior fuerza jurídica atribuida a las normas constitucionales. Spagna Musso expresa en este sentido “...que la rigidità si traduce in uno strumento garantistico di una data normazione attraverso il conferimento ad essa di una superiorità nel sistema delle fonti collegato determinato procedimento di formazione”.<sup>25</sup> Este sentido garantístico se refleja en la ubicación del procedimiento de reforma dentro de sistemática, pues algunas Constituciones lo establecen en la parte dedicada a las “Garantías” así, por ejemplo, la Constitución argentina en su primera parte que se ocupa a las “declaraciones, derechos y garantías”, la Constitución italiana en el Título VI de las “garantías constitucionales”, la Constitución portuguesa de 1976, en su Parte IV habla de “garantía y revisión de la Constitución”.

## VI. FINALIDAD

Cuidando en no confundir los efectos con la finalidad de la rigidez constitucional, vemos que el establecimiento de un procedimiento de reforma

<sup>25</sup> *Cfr.* Spagna Musso, E., *op. cit.*, p. 105.

agravado persigue (a) como fin *inmediato* el impedir (sentido negativo) que el ordenamiento constitucional cambie, sea modificado por una mayoría contingente de ciudadanos o una mayoría ocasional de representantes; lo que en sentido positivo, significa asegurar que la reforma de la Constitución sea efectuada por una mayoría suficientemente cualificada como para ser tenida como la expresión del pueblo en ejercicio de su Poder Constituyente. Para Mortati el agravamiento de la formación de leyes constitucionales a través de particulares dificultades está dirigido, entre otras funciones “... a raccogliere intorno di essa un consenso piu vasto, o ad attestare l'esistenza di una volonta meglio consolidata”.<sup>26</sup>

(b) El fin *mediato* de esta garantía consiste en proteger contenidos constitucionales comprendidos en el documento constitucional de cualquier intento precipitado de modificación que pueda estar impulsado por opiniones políticas coyunturales. De este modo se alcanza la protección de los derechos de las minorías, tutelados por la Constitución, de esporádicas y transitorias mayorías que pudieren producir la modificación de derechos, fijados en la Constitución, en su propio provecho.<sup>27</sup> “Con la dificultad de la reforma —enseña Bidart Campos— se tiende a asegurar la estabilidad del texto que confiere a sus disposiciones el carácter de ley suprema de garantías”.<sup>28</sup>

## VII. EFECTOS

La rigidez constitucional constituye un complejo fenómeno jurídico de naturaleza constitucional, cuya manifestación exterior, objetiva y formal está dada por la presencia de un procedimiento de reforma complejo que genera un espectro variado de efectos que debemos pasar a analizar. En otros términos, el agravamiento del procedimiento de revisión constitu-

<sup>26</sup> Cfr. Mortati, C. que apunta como una de las funciones de la rigidez “... raccogliere intorno di essa un consenso piu vasto, o ad attestare l'esistenza di una volonta meglio consolidata”, en “Costituzione...”, *cit.*, p.188; Spagna Musso, E., *op. cit.*, p.105.

<sup>27</sup> *Idem* conc. Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1954, trad. de Fernando de los Ríos, *op. cit.*, pp. 403 y 404; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 272; Spagna Musso, E., *op. cit.*, p. 105; Friedrich, C. J., *op. cit.*, vol. I, p. 288.

<sup>28</sup> Cfr. Bidart Campos, G., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, vol. I, p. 177.

cional, que da lugar a la rigidez, tiene una riqueza de implicaciones que conforman el polifacético fenómeno de la “rigidez constitucional”.<sup>29</sup>

Por razones expositivas vamos a abordar el estudio de los efectos desde tres puntos de vista atendiendo: *a)* al procedimiento de modificación agravado; *b)* a la resistencia del texto constitucional al cambio que resulta, y *c)* al patrón formal de infracción constitucional que se extrae del procedimiento especial.

(A) Atendiendo al procedimiento especial agravado de reforma, podemos señalar que este aspecto formal conduce a establecer una diferenciación entre las fuentes normativas, por cuanto, por un lado, se regula un procedimiento especial propio para la producción jurídica constitucional y, por otro, se establece uno distinto para la producción legislativa ordinaria.

De esta circunstancia se deriva un orden jerárquico entre las normas legales, dado que a las normas que son producto del procedimiento de reforma especial establecido, se les atribuye una fuerza jurídica superior a cualquiera de las otras normas originadas por los otros procedimientos normativos. En consecuencia, se produce una distinción jerárquica entre las normas legales proveniente del diferente valor jurídico que se reconoce a sus respectivas fuentes normativas, que se diferencia por los diversos procedimientos de elaboración. Sobre la base de esta distinción formal entre Constitución y ley surgen inmediatamente algunas consecuencias:

1.- Significa que para modificar válidamente las normas constitucionales solo lo puede hacer siguiendo la vía procedimental trazada por la misma Constitución. Es decir, que una norma constitucional será tenida por tal solo si ha sido elaborada según el procedimiento establecido. Esta consecuencia, derivada de la regulación de un procedimiento especial, a hecho decir a Chiarelli, que este se transforma en una condición de validez de las normas constitucionales,<sup>30</sup> es decir, la norma que resulte a través de observarse el procedimiento agravado —la cuestión de contenido es indiferente— será formalmente válida y, por tanto, producirá los efectos que les son propios de las normas constitucionales.

El reconocimiento de idéntica fuerza jurídica, tanto a las normas constitucionales preexistentes a la reforma como a las normas constituciona-

<sup>29</sup> Véase Díaz Ricci, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires-México, Ediar-UNAM, 2004, *passim*.

<sup>30</sup> Chiarelli, G., “Elasticità della Costituzione”, *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, 1959, p.17.

les originadas en una revisión ulterior, las coloca en el mismo nivel de jerarquía normativa, con idéntico valor jurídico, aunque se hayan originado en momentos distintos. Así lo entendió la Constitución Federal de 1787 de Norteamérica cuando dispone en el artículo V, que las enmiendas que se hagan “poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución desde todos los puntos de vista y, para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas...”.

Consecuencia de esta paridad, en caso de que una nueva norma constitucional contradiga lo dispuesto por una anterior, esta última será modificada o reemplazada por la más reciente en virtud del principio de precedencia temporal (*lex posteriori derogat anterior*). No rigiendo respecto de las normas constitucionales entre sí el principio de gradación jerárquica de las normas —esto es, que la norma de grado superior prevalece sobre la de grado inferior sin importar el momento en que hubiesen sido dictadas— pues todas tienen idéntico valor jurídico, entonces, la norma posterior deroga a la anterior de igual grado “...*data una successione nel tempo di norme gradi loro in contrasto* —concluye Spagna Musso—, *un norma determina l'abrogazione, ossia l'annullamento in via immediata at automatica, di tutte le norme contrastanti... di pari grado, nei cui confronti sia sucesiva nel tempo*”.<sup>31</sup>

Las normas que se sancionen observando las formalidades establecidas para la fuente de normación constitucional, sean de sustancia constitucional o no, revisten el carácter de preceptos constitucionales y, se incorporan al cuerpo normativo de la Constitución con todos sus efectos. Es por ello que observan Barthelemy y Duez que “*L'element formel contenu dans la notion de lois constitutionnelle rigide, juridiquement superieure aux lois ordinaires, reagit sur le contenu de la constitution*”.<sup>32</sup>

El procedimiento de reforma constituye una vía para “constitucionalizar” ciertas cuestiones sustrayéndolas de la acción del legislador ordinario, es decir, que se sirve del elemento formal de la rigidez para comunicar a ciertas disposiciones legales el carácter de ley suprema, que su propio objeto es insuficiente para asegurar.<sup>33</sup> El principio de legalidad que rige la relación de entre la ley ordinaria (superior) y las normas legales subordinadas (inferiores), se transfiere a la relación entre aquella y el orden constitucional como “Principio de legalidad constitucional” determinando la relación de supraordinación de la Constitución respecto del resto del ordenamiento normativo, en consecuencia, todos los contenidos en ella incorporados, como las Declaraciones de Derecho, se levantan

<sup>31</sup> Cfr. Spagna Musso, E., *op. cit.*, p. 91.

<sup>32</sup> Cfr. Barthelemy y Duez, *op. cit.*, p. 187.

<sup>33</sup> Cfr. *ibidem*, p. 188.

como límites a la actividad de legislador. Incluso se introducen por esta vía cuestiones no sustancialmente constitucionales para ponerlas al abrigo de los ataques del legislador ordinario.<sup>34</sup> “*Le norme così emanate dagli organi costituenti e nelle forme fiate —enseña Crosa— sono norme formalmente costituzionale. Queste possono riguardare anche materie che non rientrano nell’ambito della legislazione costituzionale materiale —concluye Crosa—, e vi sono introdotte come limite agli organi legislativi normali. La legislazione costituzionale formale costituisce infatti il limite per gli organi legislativi comuni*”.<sup>35</sup> A raíz de este efecto limitador de la actividad legislativa inferior, Esposito invierte el razonamiento y señala que no es la mayor dificultad en modificar las normas constitucionales la que determina la rigidez constitucional, sino la prohibición que las leyes ordinarias cambien las normas constitucionales.<sup>36</sup>

2.- La otra consecuencia derivada de la existencia de un procedimiento especial para producir normas constitucionales es que aquellos asuntos que, aun siendo de naturaleza constitucional, se tenga el propósito de convertir en normas constitucionales, pero sean elaborados sin observar el procedimiento establecido para la fuente de normación constitucional, no devienen en normas constitucionales, en consecuencia, no pasan a formar parte del cuerpo de la Constitución y carecen del superior valor de estas. No son normas constitucionales.

La disposición de un procedimiento especial de reforma constituye un parámetro formal para realizar en la práctica, la prohibición de modificar normas constitucionales por disposiciones legales ordinarias.

El procedimiento especial de reforma constitucional regula una fuente de producción de normas jurídicas, es decir, el ejercicio de una actividad legislativa que en los sistemas democráticos suele estar a cargo de un cuerpo que representa del modo más inmediato la voluntad popular (generalmente órgano representativo más ratificación popular directa). En cambio para la producción de normas legislativas ordinarias basta un órgano representativo permanente, que forma parte del Estado, al que se le señala ámbitos dentro de los cuales debe desenvolver su competencia normativa. La regulación de un procedimiento agravado, permite distinguir formalmente dos clases de fuentes del derecho, y por lo tanto, diferencia claramente la Constitución de las leyes ordinarias.

La regulación de un procedimiento especial (propio de la rigidez constitucional), para el ejercicio de la actividad normativa constitucional esta-

<sup>34</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 188, 193 y 194.

<sup>35</sup> Cfr. Crosa, Emilio, *Diritto Costituzionale*, 4a. ed., Torino, UTET, 1955, p.13.

<sup>36</sup> Cfr. Esposito, Carlo, *La validità delle leggi*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1964, p. 189.

blece una diferencia formal con el procedimiento de producción legislativa ordinaria. Puede llevarse a cabo solo por medio de órganos representativos especiales (Convención o Asamblea Constituyente Extraordinaria) o por el mismo Parlamento ordinario pero observando especiales requisitos procesales), e, incluso, a través de la directa participación del pueblo (iniciativa popular, ratificación popular sobre proyecto elaborado por un órgano especial) conjuntamente con el órgano legislativo ordinario (Parlamento o Congreso). Allí donde se reconoce que el poder constituyente emana única e inmediatamente del pueblo, por tanto, el procedimiento de producción constitucional es claramente diferente al procedimiento legislativo ordinario, es decir, se manifiesta con mayor nitidez la diferenciación entre la fuente normativa constitucional y la legislativa.

Mientras en Europa, a diferencia de América, el reconocimiento de la soberanía popular se encarnó en el Parlamento, por lo tanto no se manifestó una clara diferenciación subjetiva entre el órgano constituyente y el órgano legislativo, por ello, la distinción de las fuentes normativas constitucional y legislativa se hizo a través de elementos formales, adjetivos, requisitos procesales como la disolución del Parlamento y convocatoria de nuevas elecciones quórum especiales, mayorías agravadas, plazos prolongados, etcétera.

En un Estado federal, donde la subsistencia de los Estados particulares es condición indispensable para existencia de un tal sistema, es imposible concebir un órgano que pueda modificar el pacto federativo sin que se tenga en cuenta la voluntad política de las unidades integrantes, es decir, sin que los estados miembros participen de modo directo e inmediato. Mientras que la legislación ordinaria, como debe elaborarse dentro de los parámetros acordados, puede desarrollarse por un órgano permanente en el que la presencia de los Estados se da de manera cualitativamente diferente porque ya han expresado en la Constitución su voluntad política como unidades preexistentes. En consecuencia, en un sistema federal suele darse una distinción subjetiva entre las fuentes de creación constituyente y las fuentes legislativas ordinarias, por ello la rigidez, el procedimiento particular de reforma reviste una relevancia esencial, una importancia sobresaliente, en los Estados federales.

En los regímenes democráticos las formas agravadas de producción legislativa constitucional procuran acercar lo más posible la elaboración normativa a la voluntad popular depositaria del poder constituyente, mientras que en la producción legislativa ordinaria el principio representativo se despliega más fácilmente a través del órgano legislativo.

De lo expuesto vemos que un elemento formal es el que permite distinguir entre ley constitucional y ley ordinaria. En efecto, si por un momento hacemos abstracción del procedimiento empleado en su sanción, la distinción entre leyes constitucionales y ordinarias si sólo atendemos a sus contenidos materiales aparece poco nítida porque nada indica si una cuestión puede tener superioridad jurídica respecto de otra. Si bien podemos llegar a ponderar una diferente valoración política en razón de su objeto, esto es una simple diferencia de valoración o fáctica porque careceríamos de un elemento diferenciador del valor jurídico entre ley constitucional y ley ordinaria, consideradas, claro está, desde un punto de vista puramente material. Esta distinción solo se hace, pues, posible por razones formales, es decir, por los procedimientos especiales cumplidos de su elaboración.<sup>37</sup>

La importancia del procedimiento agravado como dato formal que permite distinguir las leyes constitucionales de las leyes ordinarias, es puesta de relieve por Laferriere en estos términos: “*Il peut y avoir dessacord entre le fond et la forme. En ce cas, c'est la forme que l'emporte. N'importe quelle regle, fut-elle meme totalement etrangere a la Constitution politique du pays, du moment ou elle a ete etablie en forme constitutionnelle a juridiquement la qualite de loi constitutionnelle, avec les consequences qui en resultent*”.<sup>38</sup>

Por tanto, por un lado, la Constitución puede extender la rigidez a otras normas sin sustancia propiamente constitucional, como fue el caso de la incorporación en las Leyes Constitucionales francesas de 1875, a la Caja de Gestión de Bonos de la Defensa Nacional y de Amortizaciones de la Deuda pública, a través de la revisión de 1926, cuya modificación no podría ser operada por ley ordinaria; así como, por otro lado, encontramos disposiciones que si bien por su objeto sean sustancialmente constitucionales (*v. gr.* el Título Preliminar de cualquier Código Civil), sin embargo, han sido sancionadas según el procedimiento legislativo ordinario como leyes ordinarias,<sup>39</sup> y por lo tanto, modificables según el proce-

<sup>37</sup> Laferriere señala como unos de los principales efectos del elemento formal de la rigidez es la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria, del que derivan una serie de consecuencias. Que no se puede modificar la ley constitucional sino, conforme a las formas especiales establecidas. Que la revisión de las constituciones rígidas no puede ser operada por la vía legislativa ordinaria. Que las leyes constitucionales no pueden ser modificadas por leyes ordinarias., en *Manuel de Droit Constitutionnel*, *cit.*, pp. 281, 282, 284 y 285.

<sup>38</sup> *Cfr.* Laferriere, J., *op. cit.*, p. 285.

<sup>39</sup> *Cfr.* Laferriere, J., *op. cit.*, pp. 285 y 286. Puede citarse como otro ejemplo a la Constitución Sueca de 1974, que incorpora como parte de la Constitución a los

dimiento legislativo ordinario, por el Parlamento ordinario sin limitación alguna cuando estas no hayan sido establecidas por la Constitución.

La rigidez constitucional constituye una característica de los textos constitucionales susceptible de darse en grado diverso, pues según sea el procedimiento de reforma estatuido la Constitución será más o menos rígida. Así podemos decir que los obstáculos para reformar son mayores en la Constitución Española de 1978, que en la Constitución Italiana de 1947. “Es posible ordenar las constituciones según su grado de rigidez, —señala Wheare—, aunque sin duda sería difícil en algunos casos decidir entre dos series de obstáculos a la enmienda, cuál presenta mayor grado de rigidez”,<sup>40</sup> por ejemplo, comparando el sistema norteamericano y el suizo.

Pasando una breve revista a las técnicas empleadas para lograr la rigidez constitucional, vemos que pueden ser tan variadas como creativo sea el ingenio del constituyente y como lo exija la realidad política.<sup>41</sup> Podemos distinguir el procedimiento de elaboración normativo teniendo en cuenta diferentes elementos: subjetivo, procesal, temporal o sustancial.

### 1. *Elementos subjetivos*

- a) La reforma puede ser llevada a cabo por un cuerpo legislativo especialmente elegido al efecto. Por ejemplo, la Constitución Argentina dispone que la reforma se efectuará por una convención convocada especialmente a dicho efecto. En Francia, el órgano especial se denomina “Asamblea Nacional” (modelo francés).
- b) O puede ser la propia institución parlamentaria la que sea competente para elaborar las normas constitucionales (Constitución del Perú de 1979, artículo 306, apartándose del sistema dominante en América admitía que la aprobación en dos tiempos, por dos Legislaturas, por tanto supone, la convocatoria de elecciones de nuevos parlamentarios que tendrán a su cargo la aprobación final) (modelo escandinavo).

Reglamentos Parlamentarios. (La anterior Constitución de 1809 incorporaba a su texto la antigua ley de libertad de prensa).

<sup>40</sup> *Cfr.* Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas*, trad. de Fernando Morera y Ángel Alandi, Barcelona, Labor, 1971, p. 21.

<sup>41</sup> Existen cuatro modelos de procedimientos reformadores, de menor a mayor grado de rigidez: alemán, italiano, escandinavo y francés. Puede ampliarse esta clasificación en Díaz Ricci, *Teoría de la reforma*, *cit.*, pp. 428 y ss.



El elemento subjetivo a quien se encarga la reforma en un sistema democrático dependerá de la concepción de Poder Constituyente que se sostenga: *a)* si el poder constituyente se reconoce inmediatamente en el pueblo, éste ejercerá de la forma más directa posible su potestad constituyente, por medio de la iniciativa y/o el referéndum ratificatorio constituyente. Sin embargo, el pueblo como órgano electoral suele ir acompañado por la intervención de un órgano representativo, sea un cuerpo especial o el órgano legislativo ordinario, que tendrá a su cargo elaborar el proyecto de modificación que puede o no requerir *a posteriori* la aprobación popular. En consecuencia resulta menos relevante la posición del órgano representativo. Por ello la Constitución de los Estados Unidos establece que el proyecto de enmienda puede emanar tanto del Congreso federal como de una Convención especial, puesto que siempre se exigirá la ratificación posterior por el pueblo de los Estados miembros; en cambio, *b)* si el Poder Constituyente se deposita en el órgano representativo —como es la tradición europea— adquiere gran relevancia el tipo de cuerpo constituyente por darse una confusión subjetiva en el Parlamento tanto cuando ejerce la función constituyente como cuando, también, desarrolla función legislativa. Aunque la modificación de la Constitución queda sujeta a la libre actividad parlamentaria pues depende de su voluntad, a veces resulta difícil identificar un acto normativo de este tipo como constitucional (por ejemplo, eso ocurre en Italia con las leyes constitucionales). Por ello, el ingrediente procedimental acude a eludir esta peligrosa confusión.

## 2. Elementos procesales

Puede distinguirse en el proceso de revisión de una Constitución una etapa previa de iniciativa, otra de decisión del principio de revisión, y la operación de revisión propiamente dicha.

- 1) *Iniciativa*: *a)* reducida: existe la tendencia de restringir los sujetos habilitados para tomar la iniciativa constituyente, sea facultando taxativamente solo a unos cuantos sujetos, sea prohibiéndoles a otros, sea fijando ciertos requisitos para poder formalmente dar impulso al procedimiento de revisión. Así se puede facultar a un órgano especial como, por ejemplo, al Consejo de Ancianos en la Constitución francesa del año III o al Senado en la Constitución del año VIII. La Constitución Española de 1978 como la Argentina se cuidan de

prohibir la iniciativa popular para revisar la Constitución (artículo 166 conc. artículo 87 inciso 3, CE, *idem* la Constitución argentina en su artículo 39). También se puede atribuir la iniciativa de reforma al órgano legislativo ordinario, agravado con alguna condición; *b*) ampliada: cuando para la iniciativa legislativa constitucional se habilitan más sujetos que los autorizados para una iniciativa legislativa ordinaria. Por ejemplo: por iniciativa popular, por los Estados miembros de una Federación (artículo V, Constitución de Estados Unidos), o la iniciativa constituyente en Suiza.

- 2) *Decisión acerca del principio de revisión*: suele establecerse un órgano con potestad para resolver si se hace lugar o no a la iniciativa de reforma propuesta: *i*) por órgano legislativo ordinario con mayoría especial (Constitución Argentina: el Congreso por el voto de dos tercios de los miembros de cada cámara; Constitución de Estados Unidos: dos terceras partes de ambas cámaras); *ii*) por el pueblo mismo, aprobando por referéndum el comienzo del proceso constituyente a iniciativa de algún sujeto autorizado (Constitución del Perú de 1993, artículo 206); *iii*) por un órgano especial: Convención, como lo dispone el artículo V de la Constitución de Estados Unidos. En el caso estadounidense tanto cuando el Congreso como cuando una convención disponen el principio de revisión acompañan un proyecto de reforma. Por el contrario, en el caso argentino, el Congreso al aprobar el principio de reforma no presenta un proyecto de revisiones, cuanto más señala puntos a reformar sin determinar su contenido. No siempre se distinguen las etapas de iniciativa y de decisión del principio de revisión. Las Constituciones por lo general establecen solo los sujetos facultados para decidir el principio de reforma asimilándose esto a la iniciativa constitucional.
- 3) *Operación de revisión propiamente dicha*: puede exigirse una infinidad de requisitos: un quórum especial en los órganos colegiados, o mayorías agravadas en los órganos representativos para la adopción de la propuesta de reforma, por sucesivas aprobaciones durante ciertos lapsos de tiempo (como en el modelo italiano). Puede exigirse que esta “ratificación” reúna un número determinado de Estados miembros o de convenciones estatales, en los sistemas federales. O por referéndum ratificadorio el pueblo decide sobre la aprobación del proyecto de reforma propuesto.

### 3. *Elementos temporales*

Se puede emplear de variadas maneras para obstaculizar la reforma:

- a) Cláusulas prohibiendo las modificaciones durante cierto periodo de tiempo. Así lo hicieron la Constitución de Estados Unidos prohibiendo las enmiendas de ciertas cláusulas hasta 1808, (artículo V Constitución de Estados Unidos), al igual que la Constitución Argentina de 1853 prohibía la reforma por 10 años (CA artículo 30 hasta la reforma de 1860). Disposiciones de este tipo, suelen encontrarse cuando la Constitución establece un régimen político de nuevo cuño para evitar poner en discusión los principios políticos sobre los que se funda el novel régimen, sin admitir propuestas de perfeccionamiento antes que este se haya consolidado. “*L’interdiction de révision pendant un certain délai* —explican Barthelemy y Duez— *essai de faire acquérir artificiellement a la Constitution le prestige d’une anciennete qui lui permetra plus tard de lutter avec avantage contre les revisionistes qui l’attaqueraient*”.<sup>42</sup>
- b) La fijación de plazos para deliberaciones o aprobaciones sucesivas. Por ejemplo, la Constitución francesa de 1791 preveía que debían sucederse 3 legislaturas con voto afirmativo, y como cada legislatura duraba dos años, en realidad se establecía un plazo de inmodificabilidad de 6 años (*idem* Constitución Italiana).
- c) La prohibición de revisión de la Constitución bajo determinadas circunstancias (Constitución francesa, artículo 89: en caso de ocupación del territorio, y la Constitución Española, artículo 169, que prohíbe la iniciativa de reforma en tiempo de guerra o durante la vigencia de algunos de los estados de excepción).
- d) La obligación de revisión después de determinados plazos, como la Constitución de Polonia de 1921 que imponía el deber de hacerlo cada 25 años. Ha merecido la crítica de Barthelemy y Duez, porque obligaba al pueblo a someterse a la dura experiencia de un periodo constituyente aun cuando una reforma no fuera necesaria.

### 4. *Elementos materiales*

También cuestiones de contenidos suelen emplearse para rigidizar el documento constitucional, a través de las llamadas “cláusulas de intangibili-

<sup>42</sup> Cfr. Barthelemy y Duez, *op. cit.*, p. 231.

dad”; que prohíben la modificación de ciertos puntos de la Constitución. Por ejemplo la forma republicana de gobierno (Constitución Francesa, artículo 89, la Constitución italiana, artículo 139), la forma federal, democrática y social de Estado (Ley Fundamental de Bonn, artículo 79 conc., artículo 20), o los derechos fundamentales del hombre consagrados en el texto (Ley Fundamental de Bonn, artículo 79 conc., artículo 1).

Estas cláusulas de intangibilidad introducen cuestiones de contenidos alejadas a las consideraciones formalistas características de la rigidez constitucional, estableciendo un factor de obstaculización insuperable, que da lugar a una “hiper-rigidez” constitucional.

En algunas Constituciones sobre la base de una distinción de contenidos se establece un procedimiento de modificación para diferentes casos. Por ejemplo, la Constitución Española de 1978 regula un tipo de procedimiento para cuando se pretenda modificar la forma del Estado y el régimen de la Corona y los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 168 conc., Título Preliminar Título II, y capítulo de los casos) (artículo 167). También, se llega a establecer procedimientos diferentes según se pretenda llevar a cabo una reforma total (más agravado), o una modificación parcial (menos agravado), de la Constitución (por ejemplo la Constitución Española de 1978, artículos 167 y 168).

Por último, queda analizar el caso en que los documentos constituyentes no dispongan procedimiento alguno para llevar a cabo la reforma. Aunque algunos interpretaron que se pretendía de este modo asegurar su absoluta inmodificabilidad, la mayor parte de la doctrina atribuyó un sentido opuesto, dando a estos casos carácter de flexibles, es decir, modificables por vía legislativa ordinaria. El silencio u omisión en regular un procedimiento de revisión se debió en la mayoría de los casos a la naturaleza de Carta otorgada o pacto de los textos constitucionales (cartas francesas de 1814 y 1830, el Estatuto Albertino de 1848, el Estatuto Real de 1834 en España al igual que las Constituciones de 1837, de 1845 y la canonista de 1876). Más modernamente omitieron regular la modificación de la Constitución de la URSS de 1918 y la Constitución del Estado Libre de Irlanda de 1922. En todos éstos se admitió en general su carácter flexible. Schmitt fundándose en su distinción de ley constitucional y Constitución, sostiene que la omisión de una regulación de reforma significa prohibición absoluta de modificar las leyes constitucionales, en cambio libertad absoluta para que el poder constituyente modifique la Constitución.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Cfr. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, p. 42.

La combinación de estos factores en distinto grado da lugar a que el procedimiento de reforma dificulte de modo diverso la modificación de la Constitución, es decir, origina distintos niveles de rigidez constitucional, así habrá Constituciones más rígidas, y otras menos rígidas.

Con lo expuesto hemos querido, simplemente, dar un panorama de la variada gama de elementos y técnicas constitucionales que existen para dificultar la reforma constitucional, consiguiendo una mayor o menor rigidez según el propósito del constituyente. Estos se presentan en la realidad combinados de tal manera que resulta imposible hacer una clasificación completa, conformándonos con una sistematización ilustrativa como la arriba presentada.

La segunda consecuencia de un procedimiento de reforma agravado corresponde a la “rigidez constitucional” propiamente dicha, esto es, que las dificultades impuestas al procedimiento de reforma de la Constitución al obstaculizar las iniciativas para alterar el documento constitucional, producen una relativa permanencia del texto de la Constitución durante el lapso de tiempo que se tarde en superar dichos obstáculos (elecciones especiales, mayorías agravadas, plazos de espera, etcétera). Estamos frente a una situación de hecho, efecto indirecto de la presencia de un procedimiento de modificación agravado.

Esta consecuencia mediata de la presencia de requisitos formales de un procedimiento particular origina la “rigidez constitucional” en sentido estricto, pues al no reconocerse a cualquier fuente de derecho la facultad de dictar válidamente normas constitucionales sino solo a aquélla que reúna las formalidades especialmente difíciles de cumplimentar, suele pasar algún tiempo hasta que ello ocurra —en algunos casos resultan prácticamente imposibles superarse— en el texto, mientras tanto, mantiene intacta su configuración textual.

De esta circunstancia fáctica se deriva una importante consecuencia jurídica, porque el documento constitucional no solo conserva su exposición literal sino que se asegura una relativa inmutabilidad jurídica al contenido de la Constitución. Decimos relativa porque perdurará hasta que la iniciativa de reforma supere los obstáculos dispuestos. Bryce al desarrollar su doctrina, había ya señalado como notas distintivas de la rigidez constitucional, la precisión y estabilidad que confiere a los textos constitucionales.<sup>44</sup>

Por ello, como dicen Barthelemy y Duez, “el carácter rígido eleva al máximo la idea de supremacía de la Constitución”<sup>45</sup> porque, el resultado

<sup>44</sup> *Cfr.* Bryce, J., *op. cit.*, pp. 125 y ss.

<sup>45</sup> *Cfr.* Barthelemy y Duez, *op. cit.*, p. 187.

fáctico de establecer condiciones para que se alteren válidamente las normas constitucionales, es la permanencia inalterada del texto constitucional, lo que viene a reforzar su supremacía jurídica y política.

Recordemos que la rigidez beneficia a un conjunto de preceptos numerados claramente delimitados e identificables, a los cuales el poder constituyente ha conferido naturaleza constitucional. Cuando la Constitución tiene forma codificada se identifican más fácilmente los preceptos y conforman un número determinado comprendido dentro de un orden sistemático interno, por lo tanto la rigidez será también mayor y más eficaz. La rigidez abarca, entonces, a los preceptos estatuidos por escrito en el cuerpo único y sistemático que nos permite fijar con certeza las normas constitucionales que se encuentran aseguradas por esta garantía, en cuanto señala el perímetro dentro del cual hallamos los preceptos solo reformables por un procedimiento dificultado.

La rigidez constitucional derivada como consecuencia de un procedimiento agravado, se manifiesta de dos maneras:

- a) Como una fuerza de resistencia no solo respecto a los actos normativos de grado inferior, como lo señalara Spagna Musso,<sup>46</sup> sino también respecto de actos normativos futuros de grado inferior.

Firmemente definidas, las constituciones rígidas —enseña Bryce— no permiten las pequeñas desviaciones y corrupciones a que, probablemente, da lugar la vaguedad de una Constitución flexible o ‘no escrita’... Cuando se las ataca... es muy difícil que el ataque pase inadvertido para el observador. Entonces, los defensores de la Constitución mostraran al pueblo el perjuicio de un cambio solapado.<sup>47</sup>

- b) Pero, además, las Constituciones establecen principios jurídicos y señalan directrices políticas que deben ser desarrolladas por las normaciones subsecuentes, por tanto, la presencia de tales principios y contenidos impregnan el ordenamiento normativo y, mientras no sean modificados, repercuten en todo el ordenamiento jurídico del Estado trasmitiéndole una cierta perdurabilidad a todo el cuerpo normativo estatal. “... *con l’annunziazione di quei principi generali, la rigida della costituzione influenza l’intero ordenamento giuridico*”, enseña Chia-

<sup>46</sup> Cfr. Spagna Musso, E., *op. cit.*, p. 109.

<sup>47</sup> Cfr. Bryce, J., *op. cit.*, p. 133.

relli.<sup>48</sup> Es una consecuencia del principio de legalidad aplicado al orden constitucional como arriba hemos señalado.<sup>49</sup>

Muchas veces las dificultades a la alteración del texto constitucional, se establecen con la expresa voluntad de resguardar el contenido de una determinada Constitución. El propósito directo de estas formalidades es obstaculizar la actividad normativa, tanto constitucional como legislativa, que pudiera alterar el orden constitucional vigente. Es decir, cumplen una función conservadora. Jellinek considera a estos factores de gran utilidad en los sistemas democráticos donde la actividad legislativa es poderosa, “son de gran importancia práctica. Estas formalidades que oponen obstáculos, especialmente allí donde faltan elementos retardatarios de la actividad legislativa o, de existir, carecen de fuerza”.<sup>50</sup>

La permanencia inalterada de la Constitución, por el simple hecho de existir obstáculos para la modificación, indica que la fórmula política de la Constitución permanece en el tiempo.<sup>51</sup> Esta estabilidad de la Constitución, Bryce la considera como “una cualidad muy deseable, porque da a la conciencia de los ciudadanos una sensación de seguridad que redundará en beneficio del orden, la industria y la economía”.<sup>52</sup> Vemos cómo la rigidez nace impregnada por los valores sostenidos por la burguesía en la época del capitalismo en expansión “la burguesía —señala Lucas Verdú— quiere seguridad jurídica, prefiere la clara delimitación de las esferas de actuación del Estado, de los derechos y deberes de los ciudadanos, anhela un orden jurídico estable y duradero que consagre definitivamente los cambios realizados por la Revolución”.<sup>53</sup> Sin embargo, hoy el sistema de la rigidez se ha generalizado y es empleada como garantía en beneficio de las Constituciones cualquiera sea su techo ideológico.

Este efecto tuitivo del contenido constitucional pone de relieve la naturaleza de la rigidez, es decir, ser garantía de la Constitución impidiendo la libre modificación por el legislador ordinario. El procedimiento de reforma —agravado en relación con el proceso de formación de las leyes ordinarias— es el instrumento, el medio que revela el tipo de garantía

<sup>48</sup> Cfr. Chiarelli, G., “Elasticita...”, *cit.*, p. 48.

<sup>49</sup> Cfr. Barthelemy y Duez, *op. cit.*, p. 193; véase nota 33.

<sup>50</sup> Cfr. Jellinek, G., *op. cit.*, p. 404.

<sup>51</sup> Ver Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, *cit.*, vol. II, pp. 610 y ss.

<sup>52</sup> Cfr. Bryce, J., *op. cit.*, pp. 131 y 132. Recordemos que este autor sostiene la hipótesis que el cambio frecuente de las instituciones no permite a éstas asentarse ni acumular experiencias necesarias para el manejo de la cosa pública.

<sup>53</sup> Cfr. Lucas Verdú, P., *Curso...*, *cit.*, vol. II, pp. 596 y 604.

que el poder constituyente ha elegido para asegurar su obra: la Constitución.<sup>54</sup>

Asimismo, mediante el establecimiento de obstáculos se consigue hacer tomar conciencia a la opinión pública de la importancia de una modificación constitucional, procurando provocar la reflexión de las fuerzas políticas “El proceso prescrito para la enmienda —advierte Bryce— retrasa mediante frenos y formalidades la realización de un cambio, dando tiempo a que el pueblo estudie de nuevo los resultados implicados y desista del proyecto que al principio le atrajo si lo cree oportuno”.<sup>55</sup> Desde otro punto de vista, la rigidez derivada de un elevado grado en la jerarquía de las fuentes normativas, superior a la ley ordinaria, “constituye —indica Mortati— el medio más difundido de garantía de respeto del texto, a fin de que su modificación sea al menos dentro de ciertos límites, no impedido, sino rodeada de especiales garantías, de donde presumir que esa es el resultado de una profunda ponderación y se apoya sobre un consenso suficientemente difundido”.<sup>56</sup>

Añadamos que, cuando en el transcurso del tiempo se mantiene más o menos idéntico un texto constitucional, se genera un sentimiento de reverencia que refuerza la rigidez y estabilidad de la Constitución. A esta altura del siglo, contemplando la Constitución Argentina que data de 1853 podemos aplicarle unas reflexiones de Bryce que parecen referidas a una actitud muy difundida en Argentina: “... una nación, —enseña este autor— aunque no esté contenta con su Constitución, y se vea en pugna exasperada contra partes de ella, puede encariñarse con la misma, simplemente por la convivencia y por haber conseguido cierta prosperidad con ella, y acaso porque haya alardeado de sus méritos ante otras naciones y brindado por ella en lugares públicos”.<sup>57</sup>

Por último, señalemos que no se debe exagerar el rol de las normas que establecen el procedimiento de reforma porque cumplen una función ambivalente. Por un lado, persiguen el propósito de regular los inevitables procesos de modificación de la estructura constitucional y, por el otro, las formalidades especiales establecidas consiguen un efecto tuitivo del documento constitucional existente.

No compartimos por exagerada, la posición de Finer que reduce la problemática constitucional a las normas que regulan la elaboración sub-

<sup>54</sup> Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, 3a. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1983, pp. 768 y 769.

<sup>55</sup> Cfr. Bryce, J., *op. cit.*, p. 133.

<sup>56</sup> Cfr. Mortati, C., voz “Costituzione...”, *op. cit.*, p. 189.

<sup>57</sup> Cfr. Bryce, J., *op. cit.*, p. 138.



secuente de normas constitucionales. “Podemos definir una Constitución —sostiene éste— como el proceso de su enmienda. Porque enmendar es desconstituir y reconstituir... no es lo escrito lo que protege sino la dificultad de su enmienda”.<sup>58</sup> Afirmar que la existencia y duración de la Constitución descansa sobre las prescripciones de la reforma constitucional es llevar demasiado lejos el razonamiento formalista. Se asimila, desacertadamente, las normas constitucionales de primera generación —que pueden haberse originado según un procedimiento distinto del establecido para la sanción de las subsiguientes— con las normas elaboradas con posterioridad surgidas según el procedimiento de reforma establecido. Se confunde la fuente normativa constitucional originaria con la derivada. “Toda la Constitución —expresa Schmitt— sería tan solo un dispositivo, y, en realidad, solo una ley en blanco que en cada caso puede llenarse según prescripciones sobre reforma constitucional”.<sup>59</sup> Resulta inadmisibles definir la Constitución como una ley susceptible de ser reformada: a) desde un punto de vista lógico, porque el procedimiento de reforma está regulado por normas que ya forman parte de la Constitución, por lo tanto, presuponen su concepto. Es decir, antes que el procedimiento genere normas que se califican de constitucionales, las normas que establecen dicho procedimiento ya eran constitucionales, pues como señala Schmitt “... la esencia de una ley constitucional no puede ser reconocida porque sea susceptible de reforma en un cierto procedimiento. Por el procedimiento de reforma no puede definirse la esencia del objeto reformado”;<sup>60</sup> b) desde un punto de vista jurídico: la fuerza jurídica superior que se atribuye a las normas constitucionales resultantes del procedimiento de revisión deriva, no del procedimiento formal en sí mismo, sino de la fuerza que emana de toda la Constitución porque así lo ha querido el Poder Constituyente. Los preceptos del procedimiento de reforma generan normas constitucionales porque ellos ya son previamente constitucionales, de ese ser constitucional extraen su fuerza normativa. Las prescripciones sobre modificación constitucional al igual que cualquier otro precepto constitucional referido a cualquier otra cuestión, son constitucionales por voluntad del constituyente, con anterioridad y prescindencia de su eventual reformabilidad de que sean susceptibles de ser reformados según un cierto procedimiento.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Cfr. Finer, Hermann, *Teoría y práctica del gobierno moderno*, trad. de Enrique Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1964, p.164; Barthelemy y Duez, *op. cit.*

<sup>59</sup> Cfr. Schmitt, C., *op. cit.*, p. 44.

<sup>60</sup> Cfr. *idem.*

<sup>61</sup> Cfr. *idem.*

Por último, podemos citar que otro efecto jurídico de vital importancia que se deriva de la rigidez constitucional es el relacionado con el control sobre la actividad legislativa.

Las materias, cuestiones y principios contenidos en la Constitución se convierten en fuente de derecho inmediata pues, por un lado, crea a los órganos que han de producir normas inferiores y, por el otro, establece los parámetros de forma y contenido que deben observar tales normaciones. De este modo se asegura la superioridad de los contenidos y directrices constitucionales que deben ser respetados y desarrollados por las normas inferiores. De este modo la Constitución impregna al resto del ordenamiento jurídico, manifestando su posición de fuente suprema del derecho, asegurando así la supremacía jurídico-política de la Constitución. De esta calidad de suprema fuente de derecho participan tanto las normas constitucionales ulteriores derivadas de una reforma.

Con base en la posición de la Constitución como fuente inmediata de derecho, condicionante de las normas jurídicas inferiores y a la existencia de un procedimiento especial establecido para regular la actividad de la fuente de la propia normación constitucional se ha extraído una importante consecuencia jurídica de vital interés para hacer efectiva la supremacía jurídica de la Constitución. Consiste en aplicar el principio de legalidad, que rige la relación de supraordenación de la ley respecto de los órdenes normativos inferiores, al orden constitucional, es decir, la Constitución, ley suprema somete a sus dictados al resto del ordenamiento jurídico en virtud del principio de legalidad constitucional. En este sentido, la rigidez va a significar un reforzamiento de la legalidad. Barthelemy y Duez extraen tres consecuencias del principio de legalidad constitucional:

- a) La Constitución organiza la competencia de los órganos por ella establecidos, es decir, éstos no tienen competencia por derecho propio. En consecuencia la competencia de estos órganos no se presume sino que debe ser probada cuando se la invoca, además no puede ser delegada porque sería alterar las reglas de competencia fijadas y, en tal caso, todo acto que vulnere la distribución de competencia carece de valor jurídico.
- b) Los órganos constitucionales no pueden delegar su competencia, es decir, no pueden atribuir a otros órganos sus competencias en caso de que la Constitución nada disponga al respecto, es decir, cuando no lo prohíba o lo autorice expresamente, pues en estos casos no existe duda.

- c) Los actos de los órganos constitucionales que vulneren la Constitución deben ser desprovistos de valor jurídico. Porque si excede su competencia el acto es ilegal.<sup>62</sup>

Una norma legal que vulnere una disposición constitucional, sea ésta de carácter formal o materialmente constitucional, denota la pretensión de introducir en el ordenamiento jurídico una norma sin tener en cuenta los presupuestos de forma y/o de contenido señalados por la Constitución. En caso de admitirse esta alteración como válida significaría el consentir modificar los preceptos de la Constitución sin observar el procedimiento especial prescrito para su reforma. En otros términos, las disposiciones emanadas de un procedimiento irregular no gozarán de la fuerza jurídica superior propia de las normas constitucionales y no pueden obligar que los actos y normas jurídicas inferiores se adecuen a ellas.

La vulneración de la Constitución puede ser de cualquier género:

- a) Que la norma inferior infrinja un contenido constitucional aun cuando haya sido dictada observando el procedimiento de elaboración establecido por la Constitución. Por ejemplo, se dicta una ley formalmente válida y siguiendo el procedimiento señalado por la Constitución, pero que contiene disposiciones vulneratorias del principio de libertad de conciencia consagrado en la Constitución. Admitir la validez del precepto legal equivaldría a reformar el precepto constitucional que consagra la libertad de conciencia sin tener en cuenta el procedimiento establecido para modificar la Constitución.
- b) Que la norma inferior, observando el contenido constitucional, no cuide cumplir el procedimiento fijado por la Constitución para el dictado de tal tipo de normas. Por ejemplo, se dicta una ley que se halla conforme a los principios o directrices constitucionales pero resulta aprobada sin la mayoría requerida por la Constitución para el dictado de tales leyes. Admitir esta ley como válida sería aceptar la modificación por una vía no establecida de los preceptos constitucionales que regularon el procedimiento legislativo fijando una mayoría especial para la aprobación.
- c) Que la norma inferior infrinja no solo el procedimiento formal sino también algún contenido de la Constitución. Admitir su validez sería tolerar una alteración de los preceptos constitucionales inobservados por un procedimiento que no es el dispuesto para el caso.

<sup>62</sup> *Cfr.* Barthelemy y Duez, *op. cit.*, pp. 195 y ss., 199 y ss., 203 y ss.

En cualquiera de los tres supuestos, el procedimiento agravado de reforma sirve de parámetro formal para impedir que nuevas normas jurídicas, emanadas del procedimiento legislativo ordinario u otros, que infrinjan los principios constitucionales, sean tenidas por normas constitucionales porque la omisión del procedimiento de reforma previsto no permite que las normas modificatorias de preceptos constitucionales sean reconocidas como normas constitucionales, es decir, se hallan privadas de la fuerza jurídica superior que solo la estricta observancia de los requisitos de la rigidez traen consigo y permiten desplazar las normas constitucionales anteriores.

A esta conclusión jurídica arriba el *Chief Justice* Marshall en el famoso *leading case* *Marbury vs. Madison* de 1803, que constituye un hito en el desarrollo del constitucionalismo moderno. El argumento ha sido desarrollado por Marshall con base en la limitación de los poderes de la legislatura por la Constitución:

Es demasiado simple para ser controvertido —expone el juez Marshall— que la Constitución controla todo acto legislativo repugnante a ella; o que, la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. La Constitución, o bien es una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios, y como las otras leyes es modificable cuando la legislatura quiera modificarla. Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la segunda es exacta, entonces las Constituciones escritas son tentativas absurdas por parte del pueblo para limitar un poder que en su propia naturaleza es ilimitable.<sup>63</sup>

## VIII. REFLEXIONES FINALES

Sin embargo, se han señalado como inconvenientes de la rigidez constitucional que, al consolidar contenidos constitucionales, corre el riesgo de no adaptarse oportunamente a los cambios sociales y políticos que demanden

<sup>63</sup> I Cranch's Reports 137/180.. Este argumento sirvió de premisa para establecer el control judicial de constitucionalidad de las leyes. Ya en *El federalista* se sostenía que un acto contrario a la Constitución, no podía ser válido "No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores.

un ajuste normativo. En efecto, las dificultades procesales para la enmienda pueden no ser superadas por las fuerzas políticas que desean el cambio y, por lo tanto, una modificación necesaria no puede realizarse porque no se logre la mayoría requerida o porque los agentes políticos encargados de impulsar la reforma no tengan interés o dilaten la resolución de una modificación necesaria. Este defecto que, con el transcurso del tiempo se agrava, fue vislumbrado por Bryce que frente a la adaptabilidad e inseguridad de las Constituciones flexibles, se levanta la estabilidad y la menor capacidad de adaptación a los cambios y urgencias políticas, sociales o económicas de las Constituciones rígidas.

... Si las condiciones de un país cambian... mientras las formas y los métodos de gobierno preceptuados constitucionalmente continúan sin modificación, es claro que encontrarán en la Constitución defectos que antes no se veían y, surgirán problemas incompatibles con cualesquiera arreglos de la misma. El remedio, por supuesto, no es otro que enmendar la Constitución.<sup>64</sup>

Suele ocurrir con frecuencia que, en sociedades que no gozan de una cierta homogeneidad ideológica ni de estabilidad social, se recurra a la rigidez para asegurar ciertos contenidos en la Constitución que benefician a un determinado grupo. En efecto, los grupos en el poder pueden valerse de la rigidez para sustraer del debate los contenidos constitucionales que propician y que no gozan de amplio consentimiento. En estos casos las normas nacen con cierta precariedad, pues la estabilidad política está amenazada por falta de coincidencia y adhesión generalizada a los principios postulados. “Sobre todo en las constituciones democráticas, basadas en el principio de mayoría —enseña al respeto Kelsen— el requisito de un determinado ‘quórum’ para reformar la Constitución puede ofrecer a la voluntad del grupo anteriormente mayoritario y hoy convertido en minoría, la posibilidad de impedir una reforma constitucional que le perjudica”.<sup>65</sup> Aunque también puede significar la protección de las minorías frente al grupo en el poder o a mayorías pasajeras “dicha dificultad —advierte Kelsen— puede tener otras veces el sentido de una protección de las minorías nacionales, étnicas, etcétera, cuando sus intereses están ya jurídicamente protegidos por la Constitución actual”.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Cfr. Bryce, J., *op. cit.*, p. 139.

<sup>65</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Nacional, 1979, p. 330.

<sup>66</sup> Cfr. Kelsen, H., *op. cit.*, p.330.

En estos casos la rigidez revela en buena medida la falta de consolidación de los preceptos constitucionales o de consenso social que conducen a recurrir a la técnica de obstaculizar la reforma por medio de un procedimiento extraordinario, como mecanismo para asegurarles cierta permanencia y continuidad en la creencia que el transcurso del tiempo ayudará a consolidar el orden establecido que, en su momento carece de sustento social.<sup>67</sup> Persiguiendo este objetivo, ocasionales mayorías constituyentes han abusado de esta técnica, incorporando a la Constitución contenidos no estrictamente constitucionales que estaban interesados en sustraer al futuro legislador ordinario, protegiéndolos con el manto de la rigidez.<sup>68</sup>

Sin embargo, por un lado en la sociedad pluralista contemporánea ha dejado de ser posible la coincidencia unánime sobre todos los puntos de la Constitución, por lo que la homogeneidad será siempre relativa y ocasional. Por otro lado, asimismo la finalidad de sustraer del debate político ciertos contenidos y principios, constituye también la razón de ser de toda Constitución pues, a través del mecanismo de la rigidez, procura la paz social y para que la convivencia política se funde sobre bases seguras que no se cuestionen continuamente los fundamentos del sistema.<sup>69</sup>

Se pone, pues, de relieve el valor relativo de la técnica de rigidización (si se admite este neologismo) constitucional, por cuanto la estabilidad política depende, también, en gran medida, de la adhesión que suscite el contenido de la Constitución. “Cuanto más intensa y extensa sea la coincidencia constitucional de los ciudadanos —enseña Lucas Verdú—, mayor estabilidad política se consigue”.<sup>70</sup> Existe, pues, un límite en la capacidad de los procedimientos agravados de reforma para lograr la permanencia de los preceptos constitucionales que, fundamentalmente, descansa en el arraigado respeto social a ciertas convicciones básicas para la convivencia política. Cuando éste falta en absoluto o está en disputa, las resistencias del orden constitucional darán pie a que tengan lugar transformaciones extraconstitucionales con la consecuente devaluación del orden normativo fundamental.

<sup>67</sup> Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, cit., vol. II, pp. 608-610.

<sup>68</sup> Recomiendo ampliar en Kägi, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, trad. de S. Díaz Ricci y H.J. Reyven, Madrid, Dykinson, 2005, *passim*.

<sup>69</sup> Véase Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, pp. 19 y 20.

<sup>70</sup> Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, cit., t. II, p. 609.

La endeblez de la rigidez constitucional, como barrera para evitar que las transformaciones sociales alteren los preceptos constitucionales, se aumenta si se tiene en cuenta la fuerza limitada de la normativa constitucional para ordenar por completo, sin falla y para siempre la organización estatal, el orden económico y la estructura social. Esta pretensión racionalista sostenida por la burguesía interesada en convalidar y afijar las posiciones conquistadas, se ha demostrado inconsistente y desmesurada. Con acierto Pérez Serrano critica la pretensión de querer conservar el orden constitucional solo a través del mecanismo de la rigidez pues se alimenta en “el principio de desconfianza como impulso motor, la vanidad legislativa como nimbo del Poder constituyente, el racionalismo como filosofía inspiradora y la superstición de la forma como preocupación jurídica morbosa”.<sup>71</sup>

Teniendo en cuenta los elementos que integran el esquema conceptual de la forma política, Lucas Verdú acertadamente sostiene que la rigidez cumple con mayor eficacia su función protectora respecto del techo ideológico y de la organización política, que respecto de la estructura social más dinámica y mutable.<sup>72</sup> Es decir, que los preceptos constitucionales referidos al techo ideológico y a la organización política, del Estado gozarán de mayor estabilidad por medio de la rigidez constitucional que las normas referidas a la estructura social que, por ser de naturaleza dinámica, su permanencia es más difícil de ser asegurada por medio de la técnica de la rigidez constitucional. La rigidez alcanzará con mayor eficacia su finalidad tuitiva del texto constitucional cuando éste se limite a contener “solo dos de los tres elementos de que se compone la fórmula política: una ideología concreta y una determinada forma de organización del Estado. El tercer elemento, la estructura social, aparece recogida en la variada legislación sobre materias económico-sociales”<sup>73</sup> por ello no suele gozar de la garantía de la rigidez constitucional.

Recordemos que la burguesía fue la principal impulsora de las constituciones rígidas, características en el liberalismo clásico, a fin de asegurar una serie de principios propios de su ideología: igualdad formal, propiedad privada, libertad económica y de contratación, etcétera. Sin embargo, en la actualidad la técnica de la rigidización constitucional es

<sup>71</sup> Cfr. Pérez Serrano, Nicolás, “El poder constituyente”, *Escritos de derecho político*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración local, 1984, vol. I, p. 285; Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, cit., t. II, p. 611.

<sup>72</sup> Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, op. cit., II, pp. 612 y 613.

<sup>73</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 616 y 617.

empleada por todo tipo de sistema político a fin de garantizar las posiciones y pretensiones de los grupos políticos dominantes que elaboraron la Constitución con el propósito de que se mantenga incólume, alcanzando su rigidez, en tanto en cuanto los grupos dominantes interesados en mantenerla posean fuerza suficiente para sostenerla.

No es extraño —enseña Lucas Verdú— como se van produciendo cambios estructurales económico sociales en un país en evidente desacuerdo con los preceptos constitucionales cuando los grupos directores que impusieron la Constitución, comenzaron a hacer concesiones para continuar aferrados al poder o, los nuevos grupos que aparecen actuando eficazmente en la escena política, están interesados en que los textos constitucionales no se modifiquen expresamente, y tan solo se les aplique más elásticamente acomodándoles a la nueva Constitución.<sup>74</sup>

En este sentido resultan interesantes las reflexiones de Ruiz del Castillo respecto de la función de la rigidez en las democracias. Afirma que la rigidez como medio de acción para la defensa de la esencia nacional como producto del formalismo jurídico termina ahogando al vitalismo social (creando la ficción de estabilidad mediante las dificultades de la reforma), que deberá seguir los cauces de la representación partidaria con los peligros de apartamiento de la voluntad popular por obra de mayorías circunstanciales. La Constitución rígida —enseñaba el profesor de Oviedo— en cuanto instrumento para convalidar la obra de mayorías efímeras denuncia las tendencias oligárquicas de la Democracia representativa.<sup>75</sup>

Finalmente, no debe creerse que la rigidez formal de la Constitución es absoluta puesto que las normas constitucionales son susceptibles de ser alteradas por otras vías como la interpretación histórica evolutiva, por la formación de costumbres contrarias (aunque jurídicamente inadmisibles, fácticamente eficaces), por la constante inaplicación de una norma constitucional, por la simple vulneración no corregida, por las modificaciones que la elasticidad de las normas Constitucionales permiten (elasticidad no se contrapone a la rigidez, puede darse junto a Constituciones rígidas —Constitución Federal de Estados Unidos de 1787— o junto a constituciones flexibles —Estatuto Albertino de 1848—).<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Cfr. *ibidem*, t. II, p. 612.

<sup>75</sup> Cfr. Ruiz del Castillo, C., *Manual de derecho político*, Madrid, 1939.

<sup>76</sup> Para analizar el fenómeno de las “mutaciones constitucionales”, véase Díaz Ricci, *Teoría...*, *cit.*, primera parte, capítulo tercero, pp. 47-82.



Todo el edificio jurídico que se ha levantado alrededor de la noción de rigidez, se desploma si no se establece un cuerpo con facultades para expulsar fuera del orden normativo una disposición que vulnere los preceptos constitucionales, intentando una modificación de lo dispuesto en la Constitución, sin observar el procedimiento agravado establecido para ello. Recordemos que el razonamiento de Marshall para establecer el control judicial de la constitucionalidad de las leyes se fundaba en la premisa de una Constitución escrita y rígida. El control de constitucionalidad es la clave de bóveda que remata el edificio constitucional, su ausencia convierte a toda estructura constitucional en solo buenos propósitos cuyo cumplimiento se deja librado al arbitrio de los órganos políticos del Estado, reduciendo la eficacia de la rigidez que se pretendía en los textos constitucionales.



## SIN UN ESTADO FUERTE NO HAY MERCADOS COMPETITIVOS: A 20 AÑOS DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Carlos ELIZONDO MAYER-SERRA\*

Sumario: I. *Los monopolios y la Constitución.* II. *El cambio de modelo económico.* III. *Los retos para implementar la nueva ley de competencia.* IV. *Algunos casos relevantes.* V. *La reformas constitucionales de 2013.*

### I. LOS MONOPOLIOS Y LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de México tiene una importante raíz liberal. El gobierno de la Revolución mexicana fue heredero directo de los liberales del siglo XIX. La Constitución de 1917, tal como fue presentada por Venustiano Carranza ante el Congreso Constituyente, era meramente una reforma a la previa, la de 1857.

Los liberales ganaron la guerra civil en el siglo XIX. Su visión del mundo la plasmaron en la Constitución de 1857 como respuesta a un mundo de poderes opresivos, desde el más evidente, que era el del gobierno en turno, por lo que había que proteger al ciudadano de sus arbitrariedades, pero también del poder que ejercían todo tipo de monopolios públicos y privados. Éstos florecieron a lo largo de nuestra vida independiente, aunque muchos se originaron cuando aún éramos una colonia española.

Si bien, como dicen Jorge Carpizo y Jorge Madrazo, “Obvio es que una Constitución tiene que irse adecuando a la cambiante realidad y esta adecuación puede realizarse principalmente a través de dos métodos: la interpretación judicial y la reforma”,<sup>1</sup> hemos reflexionado poco

\* Profesor-investigador en el CIDE. Una versión de este texto apareció en *La política de competencia en el umbral de la consolidación*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2013, pp. 55-78.

<sup>1</sup> Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge, *Derecho constitucional*, México, UNAM, 1991, p. 16.

del porqué dejamos atrás nuestra fuerte tradición liberal en materia económica.

El artículo 28 de la Constitución y sus implicaciones no fue un tema que Jorge Carpizo abordara con mayor detalle en su amplia obra. El eje de su preocupación en materia constitucional fue la naturaleza del régimen político, la protección constitucional de los derechos humanos, los dilemas del federalismo y la construcción de los derechos sociales. Sin embargo, la preocupación de la tensión entre los derechos sociales y los individuales es una constante en su obra.

El artículo 28 era en su origen profundamente liberal, pero esta premisa se nos suele olvidar. El ciudadano tampoco siempre sabe que el artículo 28 promueve vigorosamente la competencia y castiga a los monopolios. No tiene por qué conocer nuestro texto constitucional y ha vivido en un mundo donde unas pocas empresas dominan en la mayoría de los sectores importantes, amén de sufrir por los monopolios propiedad del gobierno donde ni siquiera se tiene la opción de escoger de una empresa a otra.

No está de más recordar la versión original del artículo 28:

Art. 28.- En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria...

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de alguno otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Este artículo en su versión original casi no aceptaba excepciones. Solo las relacionadas con:

Los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo Banco que controlara el Gobierno Federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se con-

cedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

También quedaban exentas:

Las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses [y] las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan, y que no sean artículos de primera necesidad...

Este componente liberal a favor de la competencia se fue diluyendo primero en el Congreso Constituyente donde se aprobó un artículo 27 y un 123 muy distintos a los propuestos por Carranza. El 27 fortalece el poder del Estado frente a la propiedad privada. El 123 otorga una serie de derechos a los trabajadores frente a los empresarios que los emplean.

Con todo, como lo señala Jorge Carpizo: “Debe quedar claro que con estas garantías sociales nunca se persiguió menoscabar las de carácter individual sino, al contrario, complementarlas, armonizarlas, para hacer realidad la igualdad, la libertad y la dignidad humanas”.<sup>2</sup> Pero este equilibrio no se dio durante varias décadas.

La tendencia estatista se fue fortaleciendo significativamente a lo largo de los gobiernos posrevolucionarios que fueron reservando distintas áreas económicas al sector público, así como con la implementación de una reforma agraria que distribuyó casi la mitad del territorio entre los campesinos que no tenían o habían perdido su tierra. Sin embargo, la tierra se les dotó a través del régimen de propiedad ejidal o comunal, contrario a los principios expresos del liberalismo del siglo XIX, ejemplificados éstos por la desamortización de todas las formas de propiedad colectiva, incluida la de las comunidades indígenas.

La Constitución se fue volviendo más restrictiva. Por ejemplo, el artículo 27 estipula desde 1940 que “tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos, no se expedirán concesiones ni contratos”.<sup>3</sup> El propio artículo 28 fue también agregando excepciones. A partir del 3 de febrero de 1983 afirma:

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>3</sup> Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de noviembre de 1940, en: <http://goo.gl/tuo7jq>.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en la áreas estratégicas a las que se refiere este precepto: Acuñación de moneda; correos, telégrafos, radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por medio de un solo banco, organismo descentralizado del Gobierno Federal; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.<sup>4</sup>

Estos cambios constitucionales son reflejo de una política económica basada en una fuerte presencia del Estado directamente como empresario o productor e indirectamente a través de una intensa protección comercial y todo tipo de regulaciones y subsidios. Este modelo se fractura con la crisis fiscal de 1982, la cual hace evidente que el gobierno no tiene los recursos ni las capacidades administrativas para seguir regulando la economía de esta forma, amén de que la excesiva protección había llevado a una economía poco competitiva, basada en un creciente déficit comercial a pesar de los altos ingresos petroleros de la época. Incluso después de las fuertes devaluaciones de 1982, mayores a la alta inflación del periodo, la capacidad exportadora de manufacturas seguía siendo muy baja, dada la mala calidad de lo producido en México. No enfrentaban competencia en el mercado interno, en donde podían vender productos de mala calidad u obsoletos. No así en el exterior, aunque fueran baratos tras la devaluación.

## II. EL CAMBIO DE MODELO ECONÓMICO

Ante la quiebra fiscal y la necesidad de hacer un profundo ajuste en la materia para poder pagar una abultada deuda, el presidente Miguel de la Madrid inicia un esfuerzo de limitar el papel del Estado a partir de una serie de privatizaciones de empresas industriales en poder del gobierno, primero en sectores poco importantes, y, después, para someter a la economía a la competencia de bienes procedentes de otros países, decidió que México ingresara al GATT en agosto de 1986. A partir de 1988, con la llegada al poder de Carlos Salinas, se profundizan las reformas económicas iniciadas por De la Madrid y se intensifica la agenda de desregulación y la de priva-

<sup>4</sup> Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983, en: <http://goo.gl/qzWh5>.

tización, ya no solo de empresas industriales menores, sino algunas de gran importancia como la siderúrgica Lázaro Cárdenas, y otras de servicios de gran peso en la economía, como son telefonía y banca. Con todo, las dos empresas mexicanas más grandes, Pemex y CFE se mantienen en manos del gobierno y como monopolios en su sector, aunque con algo de espacio para la iniciativa privada en materia de producción de electricidad.

La reforma crucial de Salinas en materia de competencia es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual se anuncia el 10 de junio de 1990, para empezar a negociar el 5 de febrero de 1991 y concluir con la firma del tratado por los tres jefes de Estado el 17 de diciembre de 1992, sujeto a la ratificación de los respectivos parlamentos. Entró en vigor el 1o. de enero de 1994.

El TLCAN abre la economía a las importaciones de la región, con una serie de reglas claras respecto al ritmo y forma de la apertura por lo que se convierte en un poderoso mecanismo para mejorar la calidad de diversos productos y disciplinar a muchos mercados. Su impacto, sin embargo, está limitado a los de los bienes comerciales, es decir los que se pueden importar, mas no a los servicios. Incluso dentro de los bienes comerciales el impacto del TLCAN es mucho más acotado en los sectores donde hay una red dominante que controle su distribución.

En paralelo a la negociación del TLCAN, se van gestando otros cambios para preparar a la economía a una mayor competencia. Se privatizan algunos monopolios públicos, como el de telefonía en 1990, con lo cual se hace evidente la necesidad de fortalecer la regulación del artículo 28 a través de una ley de competencia moderna.

El artículo 28 donde están plasmados nuestros principios económicos liberales no había tenido una regulación eficaz. Era un mero objetivo programático, pero no se habían desarrollado las instituciones para hacerlo realidad. Si bien existía una Ley Reglamentaria de este artículo, promulgada en 1934, más que pretender disciplinar a los monopolios en el espíritu del 28, que era estimulando la competencia, regulaba precios y limitaba la entrada de nuevas empresas en algunas industrias cuando la autoridad consideraba que ya había demasiados jugadores. No se consideraba monopólica ninguna empresa pública o de participación estatal, incluso si no estaba en un área estratégica o prioritaria.

Se desconfiaba de los mercados y se fue legislando con mucho detalle para regularlos a través de controles de precios. Ejemplo de este cuerpo legal es la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica de 1950 y los innumerables decretos oficiales de controles de precios en varios años posteriores. La idea vigente era que se enfrentaba

el problema de precios excesivos regulándolos desde el poder del Estado, no estimulando la libre competencia para que fuera el mercado el que hiciera esa tarea.

El presidente Salinas rompe con esta tradición de controlar los mercados a través de fijar los precios y otras disposiciones intervencionistas para buscar hacerlo a través de una buena regulación de los mercados, es decir castigando las prácticas dominantes y limitando a los monopolios. Un mercado bien regulado, desde una lógica liberal, es el mejor instrumento para lograr mejores precios y productos de mayor calidad. Con este objetivo se promulga en 1992 la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE). Ésta llevó a la creación en junio de 1993 de la Comisión Federal de Competencia (Cofeco). Esta ley, a partir de las mejores prácticas en la materia, busca hacer de la competencia el eje para que los precios se alineen en el mercado, sin que los oferentes puedan abusar de su posición dominante en el mercado en caso de tenerla.

Resabios de la lógica anterior quedan en los casos que marca el artículo 7o. de dicha ley, donde el gobierno podrá seguir determinando algunos precios, con cierta vaguedad de cuándo se puede justificar el seguir esta práctica que había sido extensiva antes de las reformas salinistas. Sin embargo, este artículo se ha usado poco. En los primeros años de vigencia de la ley fue el instrumento utilizado para tratar de regular productos como la tortilla y la masa de maíz. Este artículo fue precisado en 2006, cuando se determina que la Cofeco tiene que emitir una declaratoria de no existencia de condiciones de competencia efectiva antes de regular precios. Fue el instrumento utilizado para regular los precios en el suministro de gas por ductos al consumidor final.

En la exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica que crea la Cofeco se estipula con claridad el objetivo del nuevo marco jurídico:

... promover la eficiencia económica y evitar las prácticas monopólicas... Es precisamente el proceso constante y permanente en el que las empresas compiten entre sí lo que trae como resultado menores costos, mejores y nuevos productos, mayores servicios para los consumidores y menores precios, en suma, una mayor eficiencia.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Cámara de Diputados, *Diario de los debates*, núm. 10, 26 de noviembre de 1992, pp. 4 y 5, en: <http://goo.gl/7atjF>.



### III. LOS RETOS PARA IMPLEMENTAR LA NUEVA LEY DE COMPETENCIA

Una institución como la Cofeco tiene dos grandes objetivos centrales: el primero, hacer que la ley en la materia se cumpla realmente, y el segundo, defender las políticas públicas que estimulan la competencia. Lo primero resultó complicado de arranque por la inexperiencia de la nueva institución y por la gran capacidad de litigio de los afectados, lo segundo tomó tiempo en permear en el debate público, pero terminó por imponerse, con las reformas constitucionales en materia de telecomunicaciones y competencia que entraron en vigor apenas el 10 de junio de 2013.

No fue un parto fácil el del nuevo mundo de la competencia plasmado en 1992 a través de una nueva ley y una institución, la Cofeco. Si bien los autores de esta ley pensaban que tenían una ley de avanzada, su implementación resultó más complicada de lo anticipado, dado el entramado político y jurídico en que se iba a implementar.<sup>6</sup>

Los empresarios mexicanos estaban acostumbrados a un mundo de poca competencia, productos de mala calidad y de precios fijados entre ellos o por el gobierno. Cuando el gobierno fijaba el precio por debajo de sus costos podía ser muy oneroso, pero si los empresarios del ramo lograban persuadir al funcionario encargado de decidir el precio oficial y de esta forma conseguir el precio más alto justificado (quizá porque los costos eran altos, por tener empresas en la que habían invertido poco y operaban de forma deficiente), el control de precios podía servir para que todos cobraran lo mismo y por lo tanto, aún si hubiera otros oferentes, la competencia no determinara el precio de venta, sino una decisión política que podía permitir márgenes altos y utilidades aseguradas, aún sin invertir en la mejor tecnología disponible.

Los empresarios tuvieron en sus esfuerzos litigiosos un poderoso instrumento a su favor: el juicio de amparo. Paradójicamente, el amparo es una más de las herencias de la Constitución liberal de 1857, que como se mencionó anteriormente, se mantiene casi idéntica en la de 1917: un instrumento para proteger al ciudadano del potencial abuso de la autoridad. Mientras vivimos en los años dorados del régimen priísta, el amparo

<sup>6</sup> Véase *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994. En particular el capítulo de Santiago Levy Algazy: "Notas sobre la nueva Ley Federal de Competencia Económica", en: <http://goo.gl/B7gbl>.

tenía un cierto espacio en la protección de algunos derechos, pero estaba claramente acotado. Si al Ejecutivo le importaba un tema en litigio, o presionaba al Poder Judicial para que la sentencia saliera a su favor, como en la reforma que crea una tasa única en el ISR a las personas morales, cuyas primeras sentencias en la Suprema Corte fueron a favor del causante, o bien, cambiaba la Constitución como se hizo en 1931 para evitar que el amparo frenara el reparto agrario o en 1982 para presionar a la Suprema Corte para que sobreseyera el amparo de los banqueros contra la expropiación de sus empresas.

Con la decisión del presidente Zedillo en diciembre de 1994 de hacer un Poder Judicial realmente autónomo, la presión política como mecanismo de litigio pierde efectividad. La autoridad en todos sus ámbitos, incluida la Cofeco, debe aprender a litigar sus casos.

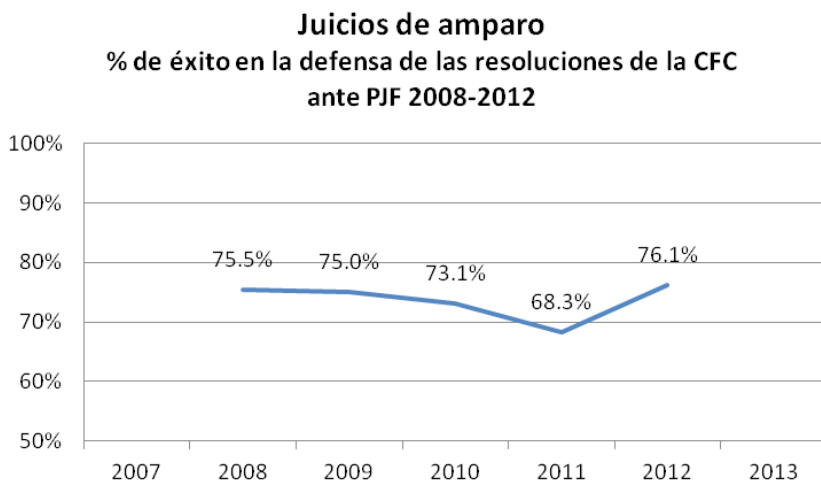
En el caso de la Cofeco la complejidad es particularmente alta. Si bien se trata de una ley que parecía de avanzada desde el punto de vista de su concepción analítica, tuvo que enfrentar muchas disputas y querrelas. Dada la falta de una cultura del litigio desde la autoridad en temas técnicos y complejos que requieren a un Poder Judicial sensibilizado a los temas en cuestión, no fue fácil para la Cofeco hacer valer sus decisiones. Muchos de sus puntos centrales fueron litigados por los empresarios, por lo que se tuvo que ir construyendo toda una jurisprudencia que aclarara cómo se debía entender el alcance de cada uno de sus artículos.<sup>7</sup>

La mera figura de la suspensión, uno de los elementos centrales del juicio de amparo, el cual congela la decisión de la autoridad mientras se determina si el amparo procede o no, hizo muy endebles las decisiones de la Cofeco. La suspensión puede durar varios años, dadas las muchas instancias procesales a las que pueden acudir los afectados. Una particularidad del juicio de amparo es que permite litigar no solo si la autoridad está cumpliendo con la legislación vigente, sino incluso si el texto de la ley se apega o no a los principios constitucionales. Por ejemplo, la fracción VII del artículo 10 de la LFCE fue declarada inconstitucional, de suerte tal que la Cofeco ya no podía sancionar algunas prácticas monopólicas relativas. También fueron declarados inconstitucionales, los artículos 14 y 15 de la LFCE, que impidió a la Cofeco declarar la existencia de actos de autoridades locales que constituyeran barreras al comercio interestatal.

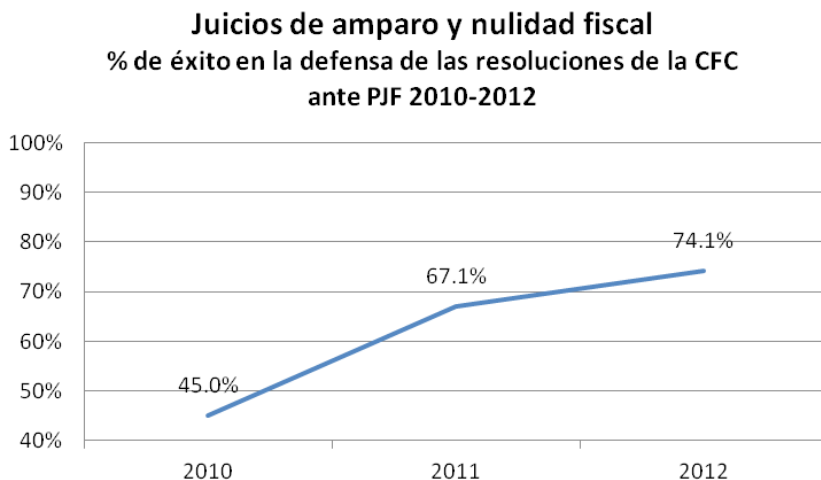
<sup>7</sup> Para un análisis de este debate véase: Moguel Gloria, Martín, “Criterios del Poder Judicial de la Federación sobre competencia económica”, en Cofeco, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México, Cofeco, 2003.

Los litigios fueron muchos y si bien la tasa éxito en la cortes por parte de la Cofeco no es baja, pierden juicios muy importantes, como las primeras declaratorias de dominancia en telecomunicaciones y la concentración Ferromex/Ferrosur. Además, la suspensión del acto reclamado por sistema impide regular con eficacia mientras dura el juicio. Los siguientes dos gráficos dan cuenta de la capacidad de litigio de la Cofeco.

*Gráfico 1. Juicios de amparo. Porcentaje de éxito en la defensa de las resoluciones de la Cofeco ante el PJE, 2008-2012*



*Gráfico 2. Juicios de amparo y nulidad fiscal. Porcentaje de éxito en la defensa de las resoluciones de la Cofeco ante el PJF, 2010-2012*



Los instrumentos para sancionar a los infractores, además, son limitados, la multa máxima era de alrededor de 1.5 millones de dólares.<sup>8</sup> Curiosamente los redactores de la ley estaban orgullosos de esas multas ya que, según el texto de la iniciativa, se trataba de sanciones muy altas respecto a otras en el sistema jurídico mexicano, para que tuvieran

Un verdadero efecto disuasivo y minimicen los incentivos a infringir la Ley. En este sentido, la iniciativa propone sanciones pecuniarias mayores que las establecidas en otros ordenamientos, en razón de que las ganancias monetarias que se obtendrían con las prácticas monopólicas serían extremadamente altas, de manera que si la sanción pecuniaria fuera pequeña, no se detendrían las infracciones de la ley, ya que las ganancias obtenidas a partir del daño causado a la sociedad pueden ser enormes.<sup>9</sup>

Sin embargo, no eran tan altas comparativamente hablando, no había sanciones penales para los infractores, como en otros países, y como ya se dijo, se podían litigar casi eternamente.

<sup>8</sup> Perez Motta, Eduardo y López Hoher, Ángel, *World Bank, Mexico's competition policy matures, Lessons at the 20 year mark.*

<sup>9</sup> Véase el *Diario de los Debates* del 11 de diciembre de 1992: <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/55/2do/Ord1/19921211.html>.

Medido por multas impuestas y cobradas, el comportamiento de la Cofeco ha sido irregular. En 1994 impuso 23 multas de las cuales cobró 19, aunque por monto solo representaban el 48.6% de las sanciones. Pero en 1995 solo impuso 5 multas (por un total de 277 000 pesos) y cobró casi todas. No solo el monto era bajo como para disuadir a las empresas con prácticas no competitivas, sino que muy pronto aprendieron a litigar mejor, evitando que les cobraran las multas, a la par de que la Cofeco fue menos activa en imponer multas. Así para 2001 impuso diez multas, pero solo pudo cobrar dos, que representaban menos del 10% de las sanciones totales. Para 2003 no impuso una sola multa y en años subsecuentes aunque las impusieran, no cobraron casi nada. Véase tablas 1 y 2.

*Tabla 1. Multas impuestas y cobradas por la Cofeco, 1993-2012<sup>10</sup>*

| Año  | Número de multas impuestas | Monto total de multas impuestas en el año | Número de multas cobradas | Monto total de multas cobradas | Porcentaje de cobro |
|------|----------------------------|-------------------------------------------|---------------------------|--------------------------------|---------------------|
| 1993 | 2                          | \$512 000.0                               | 2                         | \$512 000.0                    | 100.00%             |
| 1994 | 23                         | \$1 403 994.4                             | 19                        | \$681 694.7                    | 48.55%              |
| 1995 | 5                          | \$277 666.50                              | 5                         | \$267 862.50                   | 96.47%              |
| 1996 | 9                          | \$127 060.6                               | 8                         | \$87 111.9                     | 68.56%              |
| 1997 | 31                         | \$915 155.4                               | 21                        | \$406 865.4                    | 44.46%              |
| 1998 | 8                          | \$3917 862.0                              | 3                         | \$2 198 862.0                  | 56.12%              |
| 1999 | 3                          | \$ 81 550.3                               | 3                         | \$81 550.3                     | 100.00%             |
| 2000 | 24                         | \$55 070 410.0                            | 20                        | \$46 995 660.0                 | 85.34%              |
| 2001 | 10                         | \$60 487 250.0                            | 3                         | \$6 000 000.0                  | 9.92%               |
| 2002 | 28                         | \$97 996 726.5                            | 3                         | \$1 500 000.0                  | 1.53%               |
| 2003 |                            | -                                         |                           | -                              | 0.00%               |
| 2004 | 6                          | \$16 220 711.0                            | 1                         | \$46.0                         | 0.00%               |
| 2005 | 74                         | \$729 720 819.6                           | 24                        | \$233 425 094.2                | 31.99%              |
| 2006 | 8                          | \$247 986.0                               | 1                         | \$313.0                        | 0.13%               |
| 2007 | 11                         | \$11 732 531.0                            | 7                         | \$9 856 627.7                  | 84.01%              |
| 2008 |                            | -                                         | 0                         | -                              | 0.00%               |
| 2009 | 44                         | \$373 101 397.0                           | 4                         | \$81 995.6                     | 0.02%               |
| 2010 | 243                        | \$271 562 289.8                           | 110                       | \$120 638 709.2                | 44.42%              |
| 2011 | 55                         | \$123 789 515.1                           | 2                         | \$123 789.0                    | 0.10%               |
| 2012 | 28                         | \$66 678 297.9                            | 2                         | \$31 995.0                     | 0.05%               |

<sup>10</sup> Información proporcionada por la Cofeco.

*Tabla 2. Multas impuestas y casos sancionados por la Cofeco, 1993-2012<sup>11</sup>*

| Año  | Multas impuestas<br>(Millones de pesos) | Casos sancionados |
|------|-----------------------------------------|-------------------|
| 1994 | 32.12                                   | 10                |
| 1995 | 0.90                                    | 7                 |
| 1996 | 1.67                                    | 17                |
| 1997 | 3.29                                    | 15                |
| 1998 | 17.17                                   | 14                |
| 1999 | 5.70                                    | 9                 |
| 2000 | 16.07                                   | 11                |
| 2001 | 168.82                                  | 13                |
| 2002 | 76.95                                   | 23                |
| 2003 | 60.41                                   | 6                 |
| 2004 | 15.85                                   | 8                 |
| 2005 | 778.40                                  | 11                |
| 2006 | 9.70                                    | 3                 |
| 2007 | 36.10                                   | 4                 |
| 2008 | 1.25                                    | 0                 |
| 2009 | 415.96                                  | 5                 |
| 2010 | 198.71                                  | 4                 |
| 2011 | 147.20                                  | 9                 |
| 2012 | 122.16                                  | 6                 |

Ahora bien, las tablas anteriores dan cuenta de todas las multas impuestas, muchas de las cuales no se pudieron cobrar por haber perdido la Cofeco los procesos de revisión judicial interpuestos por los afectados. La efectividad es claramente mayor medida como el porcentaje de aquellas multas que se pueden cobrar, por estar ya firmes las resoluciones respectivas y que por lo tanto ya están en proceso de cobro por parte del SAT, quien es el responsable de cobrar. Véase tabla 3.

<sup>11</sup> Información proporcionada por la Cofeco.

*Tabla 3. Multas firmes en sede judicial, 1993-2012<sup>12</sup>*

| Año  | Número de multas impuestas | Monto total de multas impuestas en el año | Número de multas cobrables | Monto total de multas cobrables | Porcentaje de monto de multas cobrables vs. monto de multas impuestas |
|------|----------------------------|-------------------------------------------|----------------------------|---------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| 1993 | 2                          | \$512 000                                 | 2                          | \$512 000                       | 100.00%                                                               |
| 1994 | 24                         | \$1 403 994                               | 22                         | \$903 993                       | 64.39%                                                                |
| 1995 | 13                         | \$277 666                                 | 10                         | \$267 862                       | 96.47%                                                                |
| 1996 | 13                         | \$119 943                                 | 8                          | \$79 995                        | 66.69%                                                                |
| 1997 | 31                         | \$915 155                                 | 21                         | \$409 865                       | 44.79%                                                                |
| 1998 | 8                          | \$3 917 862                               | 6                          | \$3 118 362                     | 79.59%                                                                |
| 1999 | 3                          | \$81 550                                  | 3                          | \$81 550                        | 100.00%                                                               |
| 2000 | 23                         | \$55 070 410                              | 20                         | \$46 995 660                    | 85.34%                                                                |
| 2001 | 9                          | \$55 487 250                              | 4                          | \$1 803 500                     | 3.25%                                                                 |
| 2002 | 29                         | \$102 996 726                             | 17                         | \$47 470 422                    | 46.09%                                                                |
| 2003 | 0                          | -                                         | 0                          | -                               | -                                                                     |
| 2004 | 6                          | \$16 220 711                              | 5                          | \$4 940 706                     | 30.46%                                                                |
| 2005 | 74                         | \$729 720 819                             | 27                         | \$265 015 094                   | 36.32%                                                                |
| 2006 | 8                          | \$2 447 986                               | 7                          | \$2 059 771                     | 84.14%                                                                |
| 2007 | 11                         | \$11 732 531                              | 9                          | \$11 394 822                    | 97.12%                                                                |
| 2008 | 0                          | -                                         | 0                          | -                               | -                                                                     |
| 2009 | 45                         | \$455 301 397                             | 15                         | \$419 509 517                   | 92.14%                                                                |
| 2010 | 242                        | \$189 362 289                             | 232                        | \$183 364 256                   | 96.83%                                                                |
| 2011 | 55                         | \$123 789 515                             | 52                         | \$112 951 675                   | 91.24%                                                                |
| 2012 | 47                         | \$122 164 313                             | 45                         | \$111 965 313                   | 91.65%                                                                |

Después de muchos intentos la Cofeco y otros actores interesados en la competencia lograron convencer al Poder Legislativo de que le dotaran de más instrumentos. La primera reforma es en 2006, cuando se definen mejor algunas prácticas no competitivas y le permite cobrar multas mayores. La segunda reforma se da en 2011, cuando la Cofeco obtiene la posibilidad de imponer multas hasta por el 10% del ingreso del agente sancionado y la posibilidad de imponer de 3 a 10 años de prisión por acuerdos colusivos donde se busque manipular precios, la cantidad y calidad de productos que se ofrecen, distribuir mercados o tratar de manipular licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas. La Cofeco no puede directamente imponer sanciones penales. Requiere presentar querrela ante el ministerio

<sup>12</sup> Información proporcionada por la Cofeco.

público. Es el juez quien determina que se imponga la sanción. Hasta el momento de escribir este texto no se había utilizado.

A la Cofeco también se le dotó de instrumentos para propiciar denuncias dentro de las propias empresas a través de la solicitud de inmunidad por los denunciantes. Primero en las reformas de 2006. Con las reformas de 2011 se incrementaron las sanciones económicas y penales, así como la posibilidad de realizar visitas domiciliarias sin previo aviso, de tal suerte que se incrementaron los incentivos para denunciar acuerdos colusivos y beneficiarse de los beneficios del programa de inmunidad. Hasta diciembre de 2012 este cambio propició 45 solicitudes de inscripción al programa de inmunidad (74% del total, desde 2006).

Finalmente, también se le dio a la Cofeco la posibilidad de hacer visitas sorpresa a las instalaciones de empresas cuya conducta estuviera bajo sospecha. Solo se ha dado un caso, en 2011, y desde entonces se determinó la necesidad de tener una unidad especializada para que estas visitas de verificación puedan funcionar adecuadamente.

A pesar de los cambios, la ley sigue teniendo una restricción fundamental: la existencia de monopolios públicos. En su artículo 4o. establece que, para los efectos de esta ley:

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a que se refieren los párrafos cuarto y séptimo del artículo 28 constitucional. No obstante, las dependencias y organismos que tengan a su cargo las funciones a que se refiere el párrafo anterior, estarán sujetos a lo dispuesto por esta Ley respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos en los supuestos del artículo constitucional referido.

Si bien en lo que se refiere a actos sí están contemplados, hay poco casos al respecto, uno de éstos se discute más adelante.

Si bien estas reformas fueron un avance, también fueron complicando mucho la administración e implementación de la legislación. Todos los casos de competencia se hacen con base en la ley vigente al momento de la investigación, pero en el caso de los beneficios para el privado, sí hay retroactividad. Hoy la Cofeco tiene que determinar qué parte de cuál de las leyes se debe aplicar.



#### IV. ALGUNOS CASOS RELEVANTES

No es éste el espacio para poder evaluar el trabajo de la Cofeco en sus veinte años de vida. Pero sí se pueden describir algunas de las resoluciones que sirven para mostrar la importancia de una institución como ésta para el consumidor.

La Cofeco ha ayudado a evidenciar prácticas monopólicas que el consumidor ni se imagina que existen. Por ejemplo, en febrero de 2010 se hizo pública la sanción contra seis laboratorios farmacéuticos, empresas que se habían coludido por siete años para alternarse en las licitaciones de IMSS y poder imponer precios. La sanción fue la multa máxima prevista en la ley previa a las reformas de 2006, 21.5 millones de pesos a cada una de estas empresas. Para demostrar esta colusión fue necesario estudiar los patrones de comportamiento de las empresas en las licitaciones, lo cual permitió mostrar la colusión. En palabras de la resolución: “las empresas farmacéuticas alternaban las posturas —tanto ganadoras como perdedoras— en cada licitación, repartiéndose casi la totalidad de las mismas”. “Las posturas ganadoras y perdedoras eran siempre las mismas. Lo único que cambiaba era el nombre de la empresa que ganaba, la cual, una vez habiendo ganado, volvía a presentar posturas con las que sabía que perdería hasta que le tocara su turno nuevamente”.<sup>13</sup> Los afectados interpusieron doce amparos. Tres ya se resolvieron de forma definitiva, favorables a la Cofeco. Quedan ocho amparos pendientes de resolver.

Incluso con los monopolios propiedad del gobierno es posible limitar las prácticas no discriminatorias. Un caso de este tipo es la decisión de Pemex de atar la venta de combustibles, que solo Pemex puede producir y vender, a la de lubricantes, que en principio se trata de un mercado abierto a cualquiera, pero que Pemex obligaba hacerlo a través de la empresa Mexlub, donde Pemex tenía una participación. Por esta práctica, Pemex fue sancionado por la Cofeco con una multa de casi nueve millones de pesos. A pesar de que la multa no tiene mayor peso para una empresa de ese tamaño, es una señal importante.<sup>14</sup> Después de años de innumerables am-

<sup>13</sup> Véase documento completo en [http://www.Cofeco.gob.mx/docs/pdf/resolucion\\_fin\\_al\\_medicamentos.pdf](http://www.Cofeco.gob.mx/docs/pdf/resolucion_fin_al_medicamentos.pdf).

<sup>14</sup> Véase resolución en <http://www.Cofeco.gob.mx/Cofecoresoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V69/6/1740532.pdf>.

paros tanto de Pemex como de Mexclub, en 2012 como parte también de la solución de un conflicto de Pemex con Mexclub, se eliminó la exclusividad que había sido el motivo de la sanción.

Otro caso interesante de cómo usar los instrumentos que tiene la Cofeco para impulsar la competencia es la resolución respecto a la compra por parte de Televisa del 50% de Iusacell, propiedad del Grupo Salinas, dueño a su vez de TV Azteca. El 7 de febrero de 2012 la Cofeco, si bien reconoce que la alianza puede ser favorable a la competencia en el mercado de la telefonía móvil, determinó por mayoría que la concentración puede dañar la competencia en la televisión abierta y restringida. La Cofeco determina que en televisión abierta, una alianza entre los dueños de las televisoras genera riesgos graves para la competencia ya que crea nuevos incentivos para la coordinación entre dos empresas que tienen el 95% de las concesiones de televisión abierta y el 100% de las cadenas nacionales en la venta de publicidad. El 57% del gasto total en publicidad en México se va a la televisión abierta. Esto en un mercado con altísimas barreras a la entrada.

La Cofeco requirió a ambas empresas a que presentaran compromisos para enfrentar los posibles problemas de competencia. Se le comunicó a las empresas que de resolverlos en el recurso de reconsideración se les permitiría la alianza.

En la reconsideración planteada por Grupo Televisa y Grupo Salinas las empresas presentaron propuestas para enfrentar los problemas detectados por la Cofeco. El más importante es que:

Si al término de 24 meses no se ha realizado exitosamente la licitación de una tercera cadena de televisión abierta, se detonará automáticamente un mecanismo de disolución de la sociedad entre Grupo Televisa y Grupo Salinas en Iusacell, que conducirá a que uno de ellos venda su participación al otro, eliminando por completo el vínculo corporativo entre ambos grupos.

En caso de que las partes no cumplieran con la disolución de la sociedad, la Cofeco tiene las facultades para hacer que se cumpla. La lógica es que tal castigo desincentivará a que traten de bloquearla, aunque no es claro qué sucedería si esta licitación no se diera por causas ajenas a las empresas. Esto le plantearía un reto jurídico a la Cofeco. Dada la reforma en telecomunicaciones que se discute más abajo, sin embargo, esto es improbable. La reforma establece en un artículo transitorio un plazo no mayor de 180 días naturales para licitar por lo menos dos nuevas cadenas de televisión con cobertura nacional. Veremos si lo logran.

Las empresas también se comprometieron a no discriminar en venta de publicidad contra cualquier empresa de telecomunicaciones y a no atar los servicios de Iusacell a la venta de publicidad. El consejo de administración de Iusacell no podrá incluir a empleados de otras empresas de estos grupos que estén involucrados directamente con el negocio de televisión. También se comprometen a vender de forma separada los contenidos de televisión abierta y restringida. La empresa de televisión por cable e Internet de Grupo Salinas, Total Play, no fue autorizada para ser parte de la venta, como se quería inicialmente. La resolución es contundente:

El incumplimiento de las condiciones detonaría el mecanismo de disolución de la sociedad, dejando a uno de los accionistas como dueño único de Iusacell. Además, acarrearía una multa máxima de hasta 10 por ciento de los ingresos anuales de las empresas involucradas, conforme a las fracciones VIII y XI del artículo 35 de la Ley de Competencia.<sup>15</sup>

Otro ejemplo, también del sector telecomunicaciones es la resolución de la Cofeco en relación con la licitación 21 de espectro radioeléctrico. Se buscaron establecer condiciones que limitaran a los jugadores dominantes y que llevara una asignación de espectro más eficiente y una estructura de mercado menos concentrada. Para la Cofeco el objetivo de una licitación de espectro no es recaudar lo más posible, sino que el consumidor tenga una mejor oferta de servicios. Las empresas dominantes pueden ser las más dispuestas a pagar mucho para encarecer la entrada de nuevos jugadores o para quedarse con el espectro. Pero una vez habiendo limitado qué parte del espectro no pueden comprar qué empresas, la Cofeco determinó usar precios de mercado, es decir una licitación, y no decisiones administrativas, para asignar el espectro.

Dentro de las muchas complejidades que plantea la ley, fue particularmente complicado regular a los agentes con poder sustancial de mercado. Esto requiere medidas extraordinarias, como establecer la regulación asimétrica, que permitiría imponer reglas distintas en materia de precios y acceso a la red a quien se determina que tiene poder sustancial de mercado.

El primer intento para establecer esta regulación fue hasta 1997, cuando la Cofeco emite una declaración de empresa dominante a Telmex. Esta empresa, sin embargo, logró contener las implicaciones de

<sup>15</sup> Véase <http://www.Cofeco.gob.mx/images/stories/Noticias/Comunicados2012/Cofeco%2012-2012.pdf>.

esta declaración a través de un juicio de amparo, el cual fue ganado por Telmex en mayo de 2001. Durante todo ese tiempo la declaración de empresa dominante había estado suspendida por efecto del propio amparo. Tras el revés judicial, la Cofeco emite una nueva resolución y Telmex nuevamente se ampara y gana finalmente en enero de 2007.

Inmediatamente la Cofeco emite una nueva declaratoria. Gracias a las reformas de 2006 y una mayor experiencia y capacidades litigiosas de la autoridad, parecía menos complicado ganar. Con todo, dado que el procedimiento pasa también por la Cofetel, lo cual genera una descoordinación entre ambas entidades, y a que la fracción VII del artículo 10 de la LFCE fue declarada inconstitucional, no fue posible profundizar ni sancionar diversas prácticas monopólicas relativas.

Con la reforma de 2010 la Cofeco aumentó sus facultades legales para investigar y sancionar prácticas monopólicas a la par de dar más flexibilidad para que los agentes económicos puedan cumplir la ley en caso de que no lo estuvieran haciendo. No todo es sanción. Para el consumidor lo que importa es que disminuyan las prácticas anticompetitivas de los agentes económicos.

Gracias a esas reformas legales, al darle más “dientes” a la Cofeco para imponer la ley de forma más agresiva, le permitió emitir una multa no vista anteriormente por su magnitud, de 11 989 millones de pesos en abril de ese año, del 10% del valor de los activos de la empresa, a América Móvil. El argumento de la Comisión era que los altos márgenes en las tarifas de interconexión celular cobradas a otras compañías impiden a éstas competir. Sin embargo, la empresa logró recusar al presidente de la Comisión y ganar la votación en la reconsideración del caso. Con todo, sirvió para que la Cofeco pudiera negociar y mostró que ahora sí tiene elementos y herramientas para sancionar.

Telcel interpuso un recurso de reconsideración a lo que la Comisión resolvió imponiendo a la empresa cinco compromisos para reducir las altas tasas de interconexión que según la Cofeco resultan adecuados para resolver eficaz y permanentemente el problema de competencia identificado en la resolución original. Telcel se comprometió a cumplir con los compromisos y en caso contrario se someterá a una nueva multa por un monto de hasta 8% de sus ingresos anuales. Es discutible si perdonar multas va a ganar la disuasión adecuada para otras empresas, pero parecería va a llevar a beneficios para el consumidor en este caso concreto.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Véase Comisión Federal de Competencia, comunicados de prensa, Cofeco-04-2011 del 25 de abril de 2011, en: <http://www.Cofeco.gob.mx/Cofecoresoluciones/>

Como sociedad, sin embargo, no acabamos de internalizar lo que significa la competencia tan claramente definida en el artículo 28 constitucional. Para promover supuestamente la industria del libro, y con gran apoyo de la comunidad intelectual, se promulgó en 2008 la Ley de Fomento para la Lectura y el Libro (LFL), misma que permite fijar un precio único de venta al menudeo para cada publicación fijado por editores o importadores. La ley estipula que lo podrán hacer de forma libre, pero deberán registrarlo ante la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana. No podrá haber descuentos en los libros con menos de tres años de fecha de edición. Solo quedan exentas de esta restricción las compras gubernamentales para bibliotecas públicas e instituciones educativas o de investigación.

La Cofeco argumentó que tal ley era inconstitucional. Según ella, un precio único tendría un efecto equivalente a una práctica monopólica absoluta consistente en la fijación de precios lo cual eliminaría la competencia en precios en la venta de libros al menudeo y permitiría a los editores e importadores garantizar sus márgenes de ganancia y establecer precios altos en perjuicio de otros participantes de la cadena productiva y de los consumidores finales. La fijación de un precio único y obligatorio causaría graves daños al funcionamiento eficiente del mercado del libro: incrementaría los precios; distorsionaría los incentivos para que los oferentes proporcionen servicios diferenciados a los usuarios, y reduciría y eliminaría opciones a los consumidores obligándolos a adquirir paquetes de servicios que no son de su preferencia. De acuerdo con el principio constitucional de libre competencia, el artículo 7o. de la LFL establece que para que proceda la fijación de precios máximos debe existir un mercado en el que no se presente competencia efectiva por lo que tomando en cuenta que, como se indicó, actualmente en el mercado del libro sí existe competencia efectiva, no se configuran los supuestos para la determinación de precios máximos a que se refiere el artículo 28 constitucional y, por ende, menos aún se justificaría el establecimiento del precio único de venta.

En respuesta, la Suprema Corte determinó que la ley sí es constitucional. Argumentó que no se afecta la libre concurrencia en el mercado de

*Docs/UPVAI/V1/2/1478298.pdf*; COFECO-06-2012 del 25 de abril de 2012, en: <http://www.Cofeco.gob.mx/images/stories/Noticias/Comunicados2012/Cofeco06-2012.pdf>; Cofeco-08-2012 del 30 de abril de 2012, en: <http://www.Cofeco.gob.mx/images/stories/Noticias/Comunicados2012/Cofeco%2008-2012.pdf> y Cofeco-10-2012 del 3 de mayo de 2012, en: <http://www.Cofeco.gob.mx/images/stories/Noticias/Comunicados2012/Cofeco%2010-2012.pdf>.

libros, toda vez que no es la autoridad la que está fijando el precio único, sino el editor, el cual sabe a qué precio quiere concurrir en el mercado. Esto permitiría a cualquier asociación fijar un precio, pero la Corte se cuida diciendo que la restricción tiene un objetivo: lograr un acceso a la cultura, a través del libro. La Corte argumenta que el problema no puede verse desde el punto estrictamente económico, ya que la libre competencia está sometida a una serie de matices que la propia Constitución establece. El constituyente dejó al legislador un margen de configuración legislativa en materia de acceso a la cultura, por tanto, el juez constitucional lo que tiene que valorar es si se cumplen o no con los preceptos básicos que marca la Constitución. En una segunda sentencia el agraviado argumentó que la Corte no había valorado los dictámenes en materia de economía que demostraban que los artículos 22, 24, 25 y 26 de la Ley de Fomento para la Lectura y el Libro eran inconstitucionales al violentar la libre competencia y competencia económica prevista en el artículo 28. La Corte argumentó que esos temas habían quedado superados en el amparo que se comentó anteriormente, al resolverse que dichos preceptos no infringían los derechos de libre competencia y competencia previstos en la Constitución. Además, sostuvo que la falta de valoración por el juez federal de los dictámenes periciales en materia de economía no había trascendido en perjuicio de la inconstitucionalidad, en la medida en que la constitucionalidad de una norma no dependía del resultado de una prueba, sino de su oposición a la Constitución.

## V. LA REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2013

El papel de la Cofeco y en particular de su presidente como vocal a favor de la competencia tomó tiempo en lograr su impacto, pero ganó el debate. A pesar de innumerables sentencias, como la de la Ley de Fomento para la Lectura y el Libro, contrarias al espíritu de la libre competencia, el acuerdo social respecto al abuso del amparo contra decisiones de los órganos reguladores y la percepción, sobre todo en materia de telecomunicaciones y televisión, de que se necesitaba un cambio de fondo llevó a una reforma constitucional con gran apoyo de la sociedad, según las encuestas de opinión pública.

Las reformas constitucionales al artículo 28 aprobadas por el Congreso en mayo de 2013 son una muestra de que ese debate se ganó, en parte gracias al papel activo en defender la competencia por parte de la

Cofeco, aunque el resultado de la nueva legislación es paradójicamente la creación de una nueva institución en la materia, ahora con autonomía constitucional, y el despido de los actuales comisionados de la Cofeco, incluido su presidente. La nueva legislación le quita a la Cofeco una de las áreas más importantes y donde más energía y atención le había puesto desde su creación: el sector de telecomunicaciones, cuya parte relativa a competencia y prácticas monopólicas pasará a ser parte del nuevo instituto en la materia, el Instituto Nacional de Telecomunicaciones, también autónomo constitucionalmente.

Es muy pronto para saber cómo va a operar la nueva legislación y las nuevas instituciones. Sin embargo, es muy importante haber fortalecido a los órganos regulatorios y haber abierto a la inversión extranjera directa la telefonía fija. Sin embargo, la nueva ley parece tener algunos problemas importantes.<sup>17</sup>

Se optó por una ruta muy larga. Si bien la reforma pone todo tipo de límites temporales en los artículos transitorios con el fin de acelerar su implementación, no hay sanción si se incumplen, y se trata de responsabilidades técnicamente complejas. Hay dos riesgos. Que se haga con prisa y mal, o que se tarden mucho más tiempo del esperado. Mientras dure la incertidumbre, habrá menos inversión, indispensable para detonar un mejor servicio y menores precios.

Hay muchos puntos mejorables. No es una buena idea determinar a una empresa como preponderante por su tamaño en el mercado, el 50% según un transitorio referente al sector de las telecomunicaciones. La práctica usual es que en una empresa que ya está operando (tema distinto es en el caso de fusiones), lo que la autoridad busca es que ésta no siga prácticas monopólicas. Esto es complicado de probar, por lo que se requieren órganos técnicos muy especializados y eficaces.

Si se establece el tamaño como criterio, se castiga al que crece, quizá porque hace bien su trabajo. Hoy para América Móvil y Telmex el incentivo será invertir poco. Ya tienen más del 50% del mercado (en cualquier medición) y pueden ser obligados a permitir el uso de su red a precios muy bajos o incluso a desincorporar parte de sus activos. Para las empresas más pequeñas tampoco hay mucho atractivo para invertir, tienen la expectativa de que les permitan usar la red del participante más grande o comprar sus activos a precios de ganga.

<sup>17</sup> Los siguientes párrafos provienen de mi texto “México: Constitución y Telecom” aparecido en el número de mayo de 2013 de la revista *Letras Libres*.

La reforma incluye cambios en la regulación de competencia en todos los sectores. De fijarse en el tamaño como criterio de prácticas monopólicas, como lo señala el transitorio de la reforma constitucional para el sector de telecomunicaciones, puede desincentivar la inversión y generar mucha incertidumbre.

La reforma crea un organismo en telecomunicaciones muy poderoso, con la responsabilidad de administrar el sector, de regular, asignar frecuencias y determinar si se viola el principio de competencia, esto último lo hacen las comisiones de competencia en la mayoría de los países de la OCDE, dado que es un tema muy especializado y conviene tener una agencia que lo haga para la economía en su conjunto. Será además constitucionalmente autónomo. No habíamos creado instituciones autónomas para regular a los privados.

Esto tiene retos de coordinación de políticas públicas, amén de que en el ánimo de evitar la gran cantidad de litigios en el sector que ha frenado todo intento de regulación, algo que es un cambio positivo, se dejaron pocos mecanismos de defensa contra las decisiones de los nuevos poderosos comisionados. ¿Frente a quién responden éstos dado que no podrán ser fácilmente removidos? Un funcionario que se equivoca puede ser destituido. En ese caso su jefe, el presidente de la República, fue electo por todos los mexicanos y es el responsable último de la operación de la administración. En el caso de un comisionado que no funciona, ¿frente a quién es responsable?

En una lógica estatista se le da al Estado (aun no está claro bajo qué figura jurídica, esto deberá ser aclarado en la ley secundaria) la responsabilidad de desarrollar la red troncal que era de la Comisión Federal de Electricidad y se le asigna la banda de los 700 mhz que se liberará con el apagón analógico. ¿Van los privados a invertir en un sector donde tendrán un competidor subsidiado dado que se le regalará el espectro? ¿Si además pierde dinero, la tendremos que subsidiar por el resto de nuestros días? El regreso al Estado empresario va en contra de los principios básicos de la competencia económica.

Las reformas ya no permiten la suspensión en caso de amparo en el sector de telecomunicaciones y en general en materia de competencia. Cabe señalar que se establecieron algunas restricciones a este principio: "... en los casos en que la Comisión Federal de Competencia Económica imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, las resoluciones se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva".



Esto parecería resolver el problema señalado en este texto de que mientras se decide respecto al fondo de un juicio de amparo el Estado no puede regular. Sin embargo, es una solución riesgosa. Puede ser usada de forma arbitraria y en el camino llevar a la quiebra a la empresa regulada al no poderse ésta proteger mediante la suspensión, aunque luego se muestre que no estaba justificada la medida de la autoridad. Haber creado tribunales especializados con tiempos bien definidos para tomar decisiones quizás hubiera sido mejor.

Además, parece eliminar la protección de la justicia que señala la Constitución, en particular el nuevo artículo primero, sobre todo en lo referente al principio de buscar siempre la protección de los derechos humanos más amplia posible. Está por verse si es aceptada como constitucional por la Suprema Corte cuando se presente un litigio en torno a este tema. Como nos pasa muchas veces, aunque el cambio va en el sentido adecuado, puede haberse erosionado de tal forma la protección de los afectados que o bien pudiera disminuir la inversión por los riesgos nuevos de una mala regulación gubernamental en muchos sectores o podrá llevar a un debate ante la Corte si no vulnera este nuevo texto los principios del artículo 1o. constitucional. Falta ver cómo interpreta la Suprema Corte el nuevo ordenamiento.

En 1992 se creía haber promulgado una ley ejemplar y su implementación fue mucho más compleja de lo esperado. La nueva reforma no tiene la coherencia técnica de la de 1992, dada la lógica política del Pacto por México que incluyó visiones muy distintas en la redacción de la reforma, pero sí incluye una parte de la experiencia de lo que no funcionó bien. Al haber optado por una reforma constitucional de gran envergadura tomará tiempo aterrizarla y será motivo de toda una nueva serie de litigios para poder precisar sus alcances, incluida la constitucionalidad de cualquiera de los nuevos artículos. Si la experiencia de estos últimos 20 años nos ayuda para algo, esto será un proceso largo y complicado.



## EL FORTALECIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA PRESIDENCIAL MEXICANO

Bernardino ESPARZA MARTÍNEZ\*

Sumario: I. *Introducción*. II. *¿En qué consiste un sistema presidencial?*  
III. *Las reformas constitucionales en el contexto del Poder Ejecutivo*. IV. *La  
reforma política del 9 de agosto de 2012*. V. *Las nuevas propuestas de  
reforma político electoral en 2013*. VI. *Colofón*.

### I. INTRODUCCIÓN

En el contexto del homenaje al doctor Jorge Carpizo, en este lugar se aborda el tema del sistema presidencial, en lo particular, bajo la siguiente pregunta: ¿en qué consiste un sistema presidencial? Cabe preguntarse el por qué de este tema, pues todo ocurre al observar en México los retos que enfrenta el sistema presidencial, sobre todo, cuando por diversos sectores de la sociedad se ha planteado la idea de que el sistema presidencial, hoy por hoy, ya no es funcional y por tanto, es necesario transitar del sistema presidencial al sistema parlamentario.

Plantear esta perspectiva, además implica tener en cuenta las excelentes aportaciones que realiza el doctor Carpizo al conocimiento del sistema presidencial mexicano. Es por esto que el contenido del presente escrito se fundamenta con los aportes del doctor Carpizo, y a partir de lo anterior explora la posibilidad de si el sistema presidencial mexicano se encuentra acabado. Y en dado caso, refiere si es importante establecer un sistema parlamentario, o bien transitar de manera paulatina del sistema presidencial al sistema parlamentario.

El contenido de este estudio alude a los siguientes temas, tales como: ¿En qué consiste un sistema presidencial?, las reformas constitucionales

\* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; investigador nivel II del Sistema Nacional de Investigadores y profesor investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe).

en el contexto del Poder Ejecutivo; la reforma política del 9 de agosto de 2012 y las nuevas propuestas de reforma político-electoral en 2013.

Así, en términos generales, dentro del contexto de los diversos países del mundo se encuentra constituido un tipo de sistema y/o régimen político que por sus propias características, tanto políticas como legales, se clasifica por medio de dos tipos de sistemas: el presidencial y el parlamentario. Cada uno se integra para su funcionalidad por elementos políticos y legales que le permiten llevar a cabo la implementación de las instituciones políticas, mismas que se constituyen mediante la formulación de principios, ideas y la cultura política de los principales actores políticos que confluyen al interior del sistema y/o régimen político. Los actores políticos, sin duda, participan activamente en la institucionalización del mismo sistema político, entre los cuales se encuentran a los mismos grupos de interés y grupos de presión, tales como son los partidos políticos, quienes ejercen presión a través de sus dirigentes, militantes, afiliados y representantes de elección popular procedentes del mismo partido político, así como sindicatos, empresarios, y otros sectores de la sociedad. En este contexto arriban diversos intereses políticos del grupo político al que pertenecen.

Es así, la construcción institucional de los mencionados sistemas; en este tenor, en el sistema político mexicano la dinámica de la formación de sus instituciones ha sido constante, a través de diversas reformas y adiciones al texto constitucional que data desde 1917, como bien se concede con la integración de nuevos organismos, tales como son los órganos autónomos constitucionales (Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y/o Instituto Federal Electoral (IFE), entre otros). Así como también con la integración de nuevas facultades en los tres poderes públicos, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, lo que en cierta forma institucional ha funcionado en el sistema presidencial de México; sin embargo, es prudente, como también lo han formulado a través de los años diversos sectores de la sociedad, ponderar si el proceso de transición a la democracia en México no ha sido suficiente con las múltiples reformas y adiciones constitucionales que se han realizado a fin de la cimentación democrática.

En todo caso, y a pesar de dicha cimentación, en México el sistema presidencial, según se observa, ha dejado de ser funcional, y más aún, porque se ha comparado con la funcionalidad del sistema parlamentario de los países de Europa. Así es que la tendencia política en el sistema político mexicano radica en transitar del sistema presidencial al sistema parlamentario.

Por tanto, en el contexto de este manuscrito la idea se fomenta, principalmente, por exteriorizar la admiración y respeto a la brillante trayectoria académica del profesor Jorge Carpizo McGregor, constitucionalista mexicano, conocedor sobresaliente del derecho y sobre todo del derecho constitucional en México y de otros países, tal como lo fue durante su estancia en España. Así, es prudente destacar uno de los aspectos notables de la vida y obra del doctor Jorge Carpizo que ocurre en torno a su propia calidad como persona. Tuve la oportunidad de conocer al doctor Carpizo, en su cubículo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Una persona considerada, es decir, respetuosa, educada, pero sobre todo, sencilla en su trato, ya que siempre, a pesar de sus variados compromisos académicos, estaba atento y más aún dispuesto a otorgarme un espacio para conversar en relación con los temas actuales del derecho constitucional.

Sin duda, una persona admirada y querida en el ámbito académico, ya que su vasto conocimiento del derecho constitucional ha dejado como herencia académica una memoria intelectual formidable para quienes hemos decidido acompañar con entusiasmo científico el estudio del derecho constitucional. Solo basta observar la variedad y cantidad escrita de su obra científica, la publicación de más de veinte libros, entre los que sobresalen: *El presidencialismo mexicano*, *Estudios constitucionales* y *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*. Así como también la traducción de su obra a otros idiomas, como son el italiano, inglés, alemán, francés. De la misma forma, los múltiples escritos en artículos, su participación como conferencista en diversos foros, sus premios y distinciones, entre los cuales, solo por mencionar algunos, resultan: los doctorados *Honoris Causa* de las Universidades Externado de Colombia, de Tel-Aviv, Israel, de la Western California School of Law, Estados Unidos, y de la Complutense de Madrid. Además, cabe destacar las condecoraciones que recibió de otros países, tales como la de Italia con el Mazorco y Francia con la Orden de la Legión de Honor en grado de Comendador y la Orden Nacional del Mérito en grado de Gran Oficial.

En definitiva, la vida académica del doctor Jorge Carpizo fue prolífica, muestra de ello son sus manuscritos publicados con ideas muy valiosas en el contexto del derecho constitucional. Un jurista esplendoroso que ilustra el saber de buena tinta el conocimiento del derecho constitucional en México y por ende, en otros países de Latinoamérica y de Europa, tal como lo fue España, pues en este país, también dejó huella científica, siendo recibido con honor por la comunidad académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

En consecuencia, el contenido de este escrito contribuye de manera escueta, pero valiosa por la sinceridad en las palabras vertidas aquí, a la brillante trayectoria académica del doctor Jorge Carpizo McGregor, quien en vida fue un destacado hombre del conocimiento del derecho constitucional, y quien contribuyó con sus ideas a la formación del sistema político mexicano. Una persona sincera, una persona siempre dispuesta a colaborar por el bien de la sociedad. Tal y como me lo expresó unos días antes de su accidentada despedida, “Bernardino, muchas gracias, gracias por tu valiosa ayuda al proyecto constitucional que estoy construyendo”. “Nosotros los académicos debemos estar siempre dispuestos a ayudarnos, para cooperar por el bien de la sociedad”. De manera inmediata, le respondí con estas palabras: “Gracias a Usted doctor Carpizo, por darme la confianza de participar con usted, de verdad, valoro mucho sus consideraciones y confianza académica en mi persona, y más aún para que usted reciba mis comentarios a su proyecto”. Acto seguido, el doctor Carpizo me dice: “Muy bien Bernardino, espero que nos veamos pronto”, y le respondí: “Claro Doctor, cuando usted así lo considere oportuno. Hasta pronto”, y el doctor, también me dice: “Hasta luego”. Días posteriores a dicha charla, me enteré de la desafortunada pérdida de la vida del doctor Jorge Carpizo. ¿Quién pensaría que el doctor Carpizo, de manera fugaz nos dejaría, sin su conocimiento constitucional?

Así, me queda en el recuerdo sus valiosos comentarios respecto al derecho constitucional, y asimismo, la admiración y respeto a la persona que siempre mostró rectitud y calidad humana en todos sus menesteres. En honor a usted doctor Jorge Carpizo, me encuentro con estas líneas rindiéndole este homenaje. Muestra de gratitud a su persona y a los conocimientos que usted me compartió. Un abrazo.

## II. ¿EN QUÉ CONSISTE UN SISTEMA PRESIDENCIAL?

Para determinar en qué consiste, o más bien, para saber cuáles son las características de un sistema presidencial, resulta importante destacar lo que el profesor Carpizo<sup>1</sup> señala de ellas, pero también lo que da a conocer con

<sup>1</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, “Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 115, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/115/art/art2.htm>. Asimismo, puede consultarse al profesor Carpizo, en *El presidencialismo mexicano*,

respecto a las características del sistema parlamentario, cuyo propósito es el de explicar la diferencia que existe entre ambos tipos de sistemas.

Las características de un sistema presidencial son:

- El Poder Ejecutivo es unitario. Está depositado en un presidente que es, al mismo tiempo, jefe de Estado y jefe de gobierno.
- El presidente es electo por el pueblo y no por el Poder Legislativo, lo cual le da independencia frente a éste.
- El presidente generalmente nombra y remueve libremente a los secretarios de Estado.
- Ni el presidente ni los secretarios de Estado son políticamente responsables ante el Congreso.
- Ni el presidente ni los secretarios de Estado, como regla general, pueden ser miembros del Congreso.
- El presidente puede estar afiliado a un partido político diferente al de la mayoría del Congreso.
- El presidente no puede disolver el Congreso, pero éste no puede darle un voto de censura.

Por otra parte las características del sistema parlamentario son las siguientes:

- Los miembros del gabinete (Poder Ejecutivo) son también miembros del Parlamento (Poder Legislativo).
- El gabinete está integrado por los dirigentes del partido mayoritario o por los jefes de los partidos que por coalición forman la mayoría parlamentaria.
- El Poder Ejecutivo es doble: existe un jefe de Estado que tiene principalmente funciones de representación y protocolo, y un jefe de gobierno; este último conduce la administración y al gobierno mismo.
- En el gabinete existe una persona que tiene supremacía y a quien se suele denominar primer ministro.
- El gabinete subsistirá, siempre y cuando cuente con el apoyo de la mayoría parlamentaria.

México, Siglo Veintiuno Editores, 2002, pp. 13 y 14. No obstante, el profesor Carpizo, cita como referente al tratadista Karl Loewenstein, quien señala las características del sistema parlamentario. Para tal efecto, dice el profesor Carpizo que esta enunciación está basada en la que realiza Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1965, pp. 105-107.

- La administración pública está encomendada al gabinete, pero éste se encuentra sometido a la constante supervisión del Parlamento.
- Existe entre parlamento y gobierno un control mutuo. El Parlamento puede exigir responsabilidad política al gobierno, ya sea a uno de sus miembros o al gabinete como unidad. Además, el Parlamento puede negar un voto de confianza u otorgar un voto de censura al gabinete, con lo cual éste se ve obligado a dimitir; pero el gobierno no se encuentra desarmado frente al Parlamento, debido a que tiene la atribución de pedirle al jefe de Estado, quien accederá —salvo situaciones extraordinarias—, que disuelva el Parlamento. En las nuevas elecciones, el pueblo decide quién poseía la razón: el Parlamento o el gobierno.

Ahora bien, con estas características no es la intención, por lo menos en este escrito, fijar una posición teórica que determine un tipo de postura a favor o en contra de un sistema, es decir que el sistema presidencial es mejor, por sus propias características, que el mismo sistema parlamentario. Por el contrario, la intención por destacar estas características, apunta a observar si conviene incorporar al sistema político mexicano algunas o todas las características del sistema parlamentario. Y más aún, que en México, por sus diversos actores políticos y diversos sectores de la sociedad han manifestado la importancia del establecimiento de las características del sistema parlamentario. En efecto, como bien se observa en párrafos posteriores, en el Poder Legislativo se han presentado iniciativas de ley con el objetivo de incorporar algunas características del sistema parlamentario al sistema presidencial mexicano.

Entonces, cabe formular a manera de reflexión, si es posible solamente incorporar algunas y/o todas las características del sistema parlamentario al sistema presidencial mexicano. En alusión a tal reflexión, según advierto, la imposibilidad de incorporar ya sea de una, o unas y/o todas las características del sistema parlamentario al sistema presidencial mexicano. Las razones son varias, como bien se muestran en el colofón de este texto, pero cabe, ahora, descartar una de ellas, y es la referente a la diferencia que existe en la idiosincrasia de los países con sistema parlamentario a la idiosincrasia, en lo particular, del sistema presidencial en México; cultura, principios y valores distintos, según aprecio, por la tradición histórica de la funcionalidad de cada sistema político en el que se han desarrollado el presidencialismo y el parlamentarismo.

No obstante, a la citada razón, en México el texto constitucional, frecuentemente ha sido reformado y adicionado (565 ocasiones, al 19 de



julio de 2013). En este tenor, es prudente preguntar: ¿se podría, entonces, así observar, la intención del legislador por cambiar las características del sistema presidencial por las características del sistema parlamentario? La respuesta radica por prestar atención a las características del sistema presidencial, vistas por el profesor Carpizo, pues siendo esenciales para el mismo sistema, es menester determinar cuáles de ellas han sido modificadas en el texto constitucional mexicano, desde la vigencia de la Constitución de 1917 a 2013, a través del establecimiento de las facultades del Poder Ejecutivo.

### III. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN EL CONTEXTO DEL PODER EJECUTIVO

En México la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a través del legislador ha reformado diversas ocasiones sus artículos, es decir, cada sexenio durante la presidencia del jefe del Ejecutivo del partido político que obtuvo la mayoría de los votos en las elecciones presidenciales, se han presentado desde 1917 a 2013, quinientas sesenta y cinco modificaciones constitucionales. Esto implica cambios de facultades de los poderes públicos y cambios al orden de las funciones institucionales del sistema político. Por tanto, es menester darse cuenta del número de veces que se ha modificado el texto constitucional. Pues, implica preguntar: ¿por qué el texto constitucional se ha modificado constantemente desde 1917? ¿Cuál ha sido el propósito de las numerosas modificaciones? Por consiguiente, a manera de las reflexiones siguientes: es necesario llevar a cabo más modificaciones constitucionales a fin de mantener el sistema presidencial en México, o por el contrario, el sistema presidencial mexicano ya no es funcional, por eso se necesitan realizar cambios, por lo menos a través de dos aspectos, es decir, se incorporan algunas características del sistema parlamentario al sistema presidencial, cuya tendencia del sistema presidencial sería semipresidencial, o bien se transforma por completo el sistema presidencial a un sistema parlamentario en México.

Sin llegar, por ahora, a definir una postura a favor o en contra del planteamiento referido en el párrafo anterior, resulta destacable darse cuenta, cuántas veces se ha modificado el texto constitucional, de la manera siguiente. Pues, darse cuenta, además, implica, también considerar, si estos cambios constitucionales del sistema presidencial han sido objeto de transitar al establecimiento de un sistema parlamentario.

En este tenor en el periodo del 1o. de diciembre de 1920 al 30 de noviembre de 1924 siendo presidente Álvaro Obregón, se decretaron ocho artículos reformados.

En el periodo del 1o. de diciembre de 1924 al 30 de noviembre de 1928, siendo presidente Plutarco Elías Calles Campuzano, se decretaron 18 artículos reformados.

En el periodo del 1o. de diciembre de 1928 al 5 de febrero de 1930, siendo presidente Emilio Portes Gil, se decretaron dos artículos reformados.

En el periodo del 5 de febrero de 1930 al 4 de septiembre de 1932, siendo presidente Pascual Ortiz Rubio, se decretaron cuatro artículos reformados.

En el periodo del 4 de septiembre de 1932 al 30 de noviembre de 1934, siendo presidente Abelardo L. Rodríguez, se decretaron 22 artículos reformados.

En el periodo del 1o. de diciembre de 1934 al 30 de noviembre de 1940, siendo presidente Lázaro Cárdenas del Río, se decretaron 15 artículos reformados.

En el periodo del 1o. de diciembre de 1940 al 30 de noviembre de 1946, siendo presidente Manuel Ávila Camacho, se decretaron 18 artículos reformados.

En el periodo de 1o. de diciembre de 1946 al 30 de noviembre de 1952, siendo presidente Miguel Alemán Valdés, se decretaron 20 artículos reformados.

En el periodo del 1o. de diciembre de 1952 al 30 de noviembre de 1958, siendo presidente Adolfo Ruiz Cortines, se decretaron dos artículos.

En el periodo del 1o. de diciembre de 1952 al 30 de noviembre de 1958, una vez más siendo presidente Adolfo Ruiz Cortines, se decretaron 11 artículos reformados. En el periodo del 1o. de diciembre de 1964 al 30 de noviembre de 1970, siendo presidente Gustavo Díaz Ordaz, se decretaron 19 artículos reformados.

En el periodo 1o. de diciembre de 1970 al 30 de noviembre de 1976, siendo presidente Luis Echeverría Álvarez, se decretaron 40 artículos reformados.

En el periodo del 1o. de diciembre de 1976 al 30 de noviembre de 1982, siendo presidente José López Portillo y Pacheco, se decretaron 34 artículos reformados.

En el periodo 1o. de diciembre de 1982 al 30 de noviembre de 1988, siendo presidente Miguel de la Madrid Hurtado, se decretaron 66 artículos reformados.

En el periodo del 1o. de diciembre de 1988 al 30 de noviembre de 1994, siendo presidente Carlos Salinas de Gortari, se decretaron 55 artículos reformados.

En el periodo del 1o. de diciembre de 1994 al 30 de noviembre del 2000, siendo presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, se decretaron 77 artículos reformados.

En el periodo del 1o. de diciembre de 2000 al 30 de noviembre de 2006, siendo presidente Vicente Fox Quesada, se decretaron 31 artículos reformados.

En el periodo del 1o. de diciembre de 2006 al 30 de noviembre de 2012, siendo presidente Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, se decretaron 110 artículos reformados.

En el periodo del 1o. de diciembre de 2012 al 30 de noviembre de 2018 (que aún no concluye), con el todavía presidente Enrique Peña Nieto, se han decretado —hasta el 19 de julio de 2013—, 13 artículos reformados.

Ahora bien, los artículos constitucionales que refieren al ámbito del Poder Ejecutivo, son: 49, 131, y 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, y 93. Desde 1917 hasta el 19 de julio de 2013, el artículo 89 constitucional, que señala cuáles son las facultades y obligaciones del presidente, se ha modificado 13 veces. En lo particular, las reformas constitucionales se muestran en el siguiente cuadro comparativo.

| Que reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1857. <i>Diario oficial</i> . Lunes 5 de febrero de 1917                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, modificada hasta el 19 de julio de 2013                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Art. 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:</p> <p>I.- Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.</p> <p>II.- Nombrar y remover libremente a los secretarios del Despacho, al procurador general de la República, al gobernador del Distrito Federal y a los gobernadores de los Territorios, al procurador general de justicia del Distrito Federal y Territorios, remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de Hacienda y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinada de otro modo en la Constitución o en las leyes.</p> <p>III.- Nombrar los ministros, agentes diplomáticos y cónsules generales, con aprobación del Senado.</p> <p>IV.- Nombrar con aprobación del Senado los coroneles y demás oficiales superiores del Ejército y Armada Nacional y los empleados superiores de Hacienda.</p> <p>V.- Nombrar a los demás oficiales del Ejército y Armada Nacional, con arreglo a las leyes.</p> <p>VI.- Disponer de la fuerza armada permanente de mar y tierra para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación.</p> <p>VII.- Disponer de la Guardia Nacional para los mismos objetos, en los términos que previene la fracción IV del artículo 76.</p> <p>VIII.- Declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previa ley del Congreso de la Unión.</p> <p>IX.- Conceder patentes de corso con sujeción a las bases fijadas por el Congreso.</p> <p>X.- Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con las potencias ex-</p> | <p>Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:</p> <p>I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.</p> <p>II. Nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado, remover a los embajadores, cónsules generales y empleados superiores de Hacienda, y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes;</p> <p>III. Nombrar, con aprobación del Senado, a los embajadores, cónsules generales, empleados superiores de Hacienda y a los integrantes de los órganos colegiados encargados de la regulación en materia de telecomunicaciones, energía y competencia económica;</p> <p>IV. Nombrar, con aprobación del Senado, los Coroneles y demás oficiales superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales;</p> <p>V. Nombrar a los demás oficiales del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, con arreglo a las leyes.</p> <p>VI. Preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación.</p> <p>VII. Disponer de la Guardia Nacional para los mismos objetos, en los términos que previene la fracción IV del artículo 76.</p> <p>VIII. Declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previa ley del Congreso de la Unión.</p> <p>IX. Designar, con ratificación del Senado, al Procurador General de la República;</p> <p>X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como ter-</p> |

tranjeras, sometiéndolos a la ratificación del Congreso Federal.

XI.- Convocar al Congreso o alguna de las Cámaras a sesiones extraordinarias, cada vez que lo estime conveniente.

XII.- Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones.

XIII.- Habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronteras, y designar su ubicación.

XIV.- Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales y a los sentenciados por delitos del orden común, en el Distrito Federal y Territorios.

XV.- Conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva, a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria.

XVI.- Cuando la Cámara de Senadores no esté en sesiones, el Presidente de la República podrá hacer provisionalmente los nombramientos de que hablan las fracciones III y IV, a reserva de someterlos a la aprobación de dicha Cámara cuando esté reunida.

XVII.- Y las demás que le confiera expresamente esta Constitución.

minar, denunciar, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;

XI. Convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, cuando lo acuerde la Comisión Permanente.

XII. Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones.

XIII. Habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronteras, y designar su ubicación.

XIV. Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales y a los sentenciados por delitos del orden común, en el Distrito Federal;

XV. Conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva, a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria.

XVI. Cuando la Cámara de Senadores no esté en sesiones, el Presidente de la República podrá hacer los nombramientos de que hablan las fracciones III, IV y IX, con aprobación de la Comisión Permanente;

XVII. Se deroga.

XVIII. Presentar a consideración del Senado, la terna para la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia y someter sus licencias y renunciaciones a la aprobación del propio Senado;

XIX. Se deroga.

XX. Las demás que le confiere expresamente esta Constitución.

Y, en lo que refiere a las reformas constitucionales de los demás artículos antes citados, en el siguiente cuadro se observa cuántas veces se han modificado.

|    | Presidentes                          | Año Reforma | Poder Ejecutivo Artículos                                           |
|----|--------------------------------------|-------------|---------------------------------------------------------------------|
| 1  | Álvaro Obregón                       | 1923        | 84, 89                                                              |
| 2  | Plutarco Elías Calles<br>Campuzano   | 1927        | 82, 83                                                              |
|    |                                      | 1928        | 83,89                                                               |
| 3  | Emilio Portes Gil                    |             |                                                                     |
| 4  | Pascual Ortiz Rubio                  |             |                                                                     |
| 5  | Abelardo L. Rodríguez                | 1933        | 83,84,85                                                            |
| 6  |                                      | 1938        | 49                                                                  |
| 7  | Manuel Ávila Camacho                 | 1943        | 82                                                                  |
|    |                                      | 1944        | 89                                                                  |
| 8  | Miguel Alemán Valdés                 | 1951        | 49, 131                                                             |
| 9  | Adolfo Ruiz Cortines                 |             |                                                                     |
| 10 | Adolfo López Mateos                  |             |                                                                     |
| 11 | Gustavo Díaz Ordaz                   | 1966        | 88,89                                                               |
| 12 | Luis Echeverría Álvarez              | 1974        | 82, 89, 131                                                         |
| 13 | José López Portillo y Pacheco        |             |                                                                     |
| 14 | Miguel de la Madrid Hurtado          | 1982        | 89                                                                  |
|    |                                      | 1987        | 89                                                                  |
|    |                                      | 1988        | 89                                                                  |
| 15 | Carlos Salinas de Gortari            | 1993        | 82, 89                                                              |
|    |                                      | 1994        | 82                                                                  |
| 16 | Ernesto Zedillo Ponce De León        | 1994        | 89, 93                                                              |
| 17 | Vicente Fox Quesada                  |             |                                                                     |
| 18 | Felipe de Jesús Calderón<br>Hinojosa | 2007        | 82, 85, 89, 90, 92, 93                                              |
|    |                                      | 2008        | 88, 93                                                              |
|    |                                      | 2011        | 89                                                                  |
|    |                                      | 2012        | 83, 84, 85, 87, 89                                                  |
| 19 | Enrique Peña Nieto                   |             |                                                                     |
|    |                                      |             | Las facultades y obligaciones del Presidente: art. 89=13 modificado |

En definitiva, los cambios a los artículos constitucionales en el contexto del Poder Ejecutivo, son varios, y en lo individual a las facultades y obligaciones del presidente. No obstante, con estas innovaciones también otros artículos constitucionales han sido objeto de reformas y/o adiciones. Los temas de modificaciones constitucionales son diversos, pero el que resulta importante en el sentido de este estudio, es el de la “reforma política” y/o “reforma política-electoral”.

#### IV. LA REFORMA POLÍTICA DEL 9 DE AGOSTO DE 2012

La reforma política y/o reforma político electoral, como bien en ambos casos, por lo general se identifica especialmente con el ámbito electoral, ha sido objeto de constantes cambios en el texto de la ley electoral y constitucional. Por lo menos, desde 1911. Por ejemplo, se ha reformado la ley electoral, para regularizar la actividad política de los partidos políticos. Las reformas legales en esta materia son varias, la ley electoral de 1946, reconoce la personalidad jurídica de los partidos políticos, o el reconocimiento constitucional de dichos partidos, como entidades de interés público en 1977. Asimismo, las sucesivas reformas político-electorales que han fomentado, en algunos casos, el fortalecimiento del sistema y régimen electoral. Tal como ocurrió en 1997, con la nueva Ley de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales (LOPPE), fomentado, entre otras características, la participación política de los partidos políticos registrados, bajo el tipo de registro condicionado, pues también se concedía el definitivo. Sin embargo, en 1990, queda abrogada la ley electoral de 1977, para crear una nueva ley denominada Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe). Con la nueva ley se introduce un nuevo organismo electoral, Instituto Federal Electoral (IFE), creado especialmente, para otorgar certeza, transparencia y legalidad a la organización de las elecciones federales.

En 1996, surge otra reforma político electoral, entre algunas de sus novedades resulta un cambio al artículo 41 constitucional (desde 1917 hasta el 19 de julio de 2013, dicho artículo ha sido reformado seis veces), pero también se crea un nuevo Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. La autonomía e independencia del IFE fue robustecida, pues se convierte en un órgano constitucional autónomo, es decir, con personalidad jurídica y patrimonio propios y en 2007, queda abrogado con el Cofipe de 1996, para dar paso a un nuevo código, el Cód-

digo Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, pues se lleva a cabo por la exigencia de varios sectores de la sociedad, una revisión profunda a la legislación electoral, ya que no otorgaba la suficiente certeza y legalidad en la organización y resultado de las elecciones federales. Por ello, se comete una profunda reforma electoral constitucional y legal que fue aprobada por el Congreso de la Unión a finales de 2007 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 13 de noviembre de 2007 y el 14 de enero de 2008, respectivamente. En tal sentido, entre otros aspectos de nueva creación, por ejemplo, se estableció que para garantizar la veracidad de los resultados electorales, el consejo distrital debería realizar el recuento de votos en la totalidad de las casillas cuando la diferencia sea igual o menor a un punto porcentual entre los candidatos que hayan obtenido el primero y segundo lugares en la votación, y el representante del partido que postuló al candidato que ocupe el segundo lugar lo solicite de manera expresa al inicio de la sesión de cómputo.

Y, por último, el 9 de agosto de 2012, se modifica la ley fundamental para decretar reformas y adiciones a diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política. Entre la novedades se incorpora al texto constitucional, el reconocimiento de las candidaturas independientes, el derecho de los ciudadanos a iniciar leyes, y el de votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional. Sin embargo, para estos derechos aún (30-sep-13) el legislador no ha creado la ley que los reglamente, sobre todo, porque los mismos transitorios del decreto determinan que su entrada en vigor es el día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, y por ende, menciona en su artículo segundo que el Congreso de la Unión deberá expedir la legislación para hacer cumplir lo dispuesto en el presente Decreto, a más tardar en un año contando a partir de la entrada en vigor del mismo, (el año venció justo el día 10 de agosto de 2013, pues el decreto se publicó el 9 de agosto de 2012).<sup>2</sup>

El proceso de consolidación de la democracia en México ha sido permanente, pero con las múltiples modificaciones al régimen jurídico, no se percibe un cambio realmente profundo que consolide a la democracia y por ende al sistema político y al sistema presidencial. La pregunta es por qué surgen tantas modificaciones en este contexto, y cada vez los actores políticos, después del resultado de los procesos electorales, insis-

<sup>2</sup> Cfr. *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en materia política, en el *Diario Oficial*, Primera Sección, 9 de agosto de 2012, p. 2.



ten en establecer reformas políticas, o bien reformas político-electorales. Pues, según se observa, a pesar de los mencionados cambios, las características legalizadas no han sido suficientes, algunas porque no han sido empleadas y otras porque sí han sido utilizadas, pero en ambos contornos han presentado deficiencias estructurales e institucionales al momento de ejercer plenamente su funcionalidad.

#### V. LAS NUEVAS PROPUESTAS DE REFORMA POLÍTICO ELECTORAL EN 2013

El 24 de septiembre de 2013 en la Gaceta de la Cámara de Senadores, se publica la iniciativa de ley, realizada por parte de los legisladores de los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional en las cámaras de Diputados y de Senadores, la que contiene proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones a los artículos 2, 3, 25, 26, 35, 40, 41, 52, 54, 55, 56, 59, 60, 69, 73, 74, 76, 78, 81, 89, 90, 99, 102, 105, 111, 115, 116 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>3</sup>

Los temas tratados en el contenido de dicha iniciativa son los siguientes:

- La creación de un Instituto Nacional Electoral, en lugar del Instituto Federal Electoral (prescriben los institutos electorales estatales).
- La regulación de las elecciones (para la fiscalización de las finanzas de partidos políticos).
- Un Tribunal de Justicia Electoral, en lugar del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (este tribunal fue incorporado a través del texto constitucional como parte del Poder Judicial, con la reforma político-electoral de 1996) (prescriben los tribunales electorales locales).
- Una nueva ley, la Ley General de Partidos (facultad del Congreso para emitir dicha ley, para determinar las normas y requisitos para el registro legal de los partidos políticos nacionales y locales y las formas específicas de su intervención en los procesos electorales).
- La cuota de género (obligación para que los partidos políticos o coaliciones registren al menos el 40% de candidaturas de un mismo género).

<sup>3</sup> Documento obtenido en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=43672>.

- Una democracia deliberativa (más participación de ciudadanos en la toma de decisiones gubernamentales).
- La relección para senadores, diputados e integrantes del ayuntamiento y jefes delegacionales.
- Un gobierno de coalición (coalición de los grupos representados en el parlamento para formar nuevo gobierno).
- La ratificación de gabinete.
- La segunda vuelta en las elecciones (para presidente de la República, gobernadores y jefe de gobierno del Distrito Federal. Esto es, ganará la elección el candidato que obtenga más de la mitad de los votos emitidos, o bien, obtenga al menos el 40% de los votos emitidos y una diferencia de al menos 10% respecto al segundo lugar.
- La autonomía del Ministerio Público (naturaleza jurídica de organismo constitucional autónomo).
- La autonomía del Coneval (organismo instituido mediante una Comisión Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, que garantice su plena independencia en las funciones de la medición de la pobreza, así como el diseño y coordinación del sistema nacional de indicadores de gestión de las políticas y programas de carácter social, que implementen la Federación, las entidades federativas y los municipios).

Los dos temas centrales de las propuestas de reforma político electoral antes citadas, destacan en particular cuidado la de gobierno de coalición, sobre todo en el contexto que dicha figura sea incorporada al sistema presidencial mexicano, pues por su propia naturaleza es una figura política legal que trasciende en la funcionalidad plena de los sistemas parlamentarios.

El gobierno de coalición es cuando el grupo parlamentario en el Poder Legislativo no dispone de la mayoría suficiente para formar gobierno, siendo entonces comprometido a celebrar un pacto político con otro grupo parlamentario que con los mismos principios ideológicos comulguen ambos, por lo que resulta ser un gobierno coaligado. Esta forma de coalición surge posterior al resultado de un proceso electoral, donde en el Poder Legislativo no alcanza la mayoría de legisladores del partido político que representan, pues alcanzar la mayoría significa, por ejemplo, en las Cortes Generales de España, Cámara de Diputados, donde el número máximo que la integran es de 350 diputados.

En el supuesto de que el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), en unas elecciones generales, resulta que solo obtuvo de esos 350, 125

diputados, entonces tendría que pactar políticamente con otro partido representado en el Congreso de los Diputados, para alcanzar mayoría. La mayoría para formar gobierno sería entonces de la mitad más uno, es decir  $175+1=176$  diputados. Una vez obtenida esta coalición de gobierno es designado el jefe de gobierno, por la mayoría lograda. Por lo general dicho jefe suele ser el líder del partido que obtuvo esa mayoría en el Congreso de los Diputados. Cabe destacar que en un sistema parlamentario por lo general, el Poder Ejecutivo recae en dos personas, una que ejerce la función de jefe de gobierno y la otra que ejerce la función de jefe de Estado. En España existe un jefe de gobierno que recae en el líder del partido político con mayoría en el Congreso de los Diputados, y la figura de la Monarquía Parlamentaria Constitucional que recae en la persona, la jefatura de Estado en el rey que es hereditaria.

Por tanto, y contrario a este tipo de forma gobierno que prevalece en el sistema parlamentario, en el sistema presidencial, el jefe de gobierno y jefe de Estado recae en una misma persona, y por ende es elegido en forma directa por los electores que le manifiestan la mayoría de votos, aunque en la Cámara de Diputados, su partido político que lo registró como su candidato presidencial, no haya obtenido la mayoría de sus representantes.

## VI. COLOFÓN

En memoria del ilustre profesor doctor Jorge Carpizo McGregor, universitario de toda una vida académica en la UNAM, le manifiesto con gratitud la oportunidad de poder compartir ideas distintas del derecho constitucional, tal y como ocurre con el tema del presidencialismo en México, al que brevemente he dicado estas líneas, amparado por las propias características del tema presidencial a las que alude el doctor Carpizo. Indudablemente, son fundamentales para el sistema presidencial mexicano, y que por lo tanto, por la misma formación histórica institucional, no sería posible cambiar del sistema presidencial al sistema parlamentario en México, al menos esta reflexión, creo, que en vida el profesor Carpizo y quien escribe estas líneas, podríamos haber estado de acuerdo.

Con base en las características del sistema presidencial, como es el de México, y como bien las define el profesor Carpizo, según estimo que aún dista mucho que en el sistema político mexicano sea aprobado, por ejemplo, la figura de gobierno de coalición, además todo obedece a las

propias razones vertidas en el cuerpo de este escrito, pero sobre todo, como se ha observado con las múltiples reformas políticas y/o reformas político electorales, la figura de gobierno de coalición, reciente fue planteada en el Legislativo. Sin duda sería una figura trascendental para lograr gobierno y aprobar reformas estructurales en el sistema político. Sin embargo, por su propia complejidad que solo funciona en el sistema parlamentario, parece ser imposible su funcionalidad en el sistema presidencial de México. Para tal efecto, entonces es necesario modificar la legislación electoral para cambiar el método de elección del jefe del Ejecutivo, es decir, que en las próximas elecciones presidenciales de 2018, se elija a un jefe de gobierno por la mayoría en la Cámara de Diputados, esto es si un partido político obtuvo en las elecciones de 2018, de 500 que integran la Cámara de Diputados, 235 diputados, entonces podrá coaligarse con otro partido político integrado en la Cámara de Diputados para obtener mayoría, y en consecuencia formar un gobierno de coalición, y por tanto realizar las reformas a las instituciones mexicanas.

En consecuencia, aprecio la dificultad de llegar a la implementación del gobierno de coalición, sobre todo por la cultura, principios, y valores políticos que han caracterizado la constante necesidad de reformas políticas y/o reformas político electorales en México.

## ORDEN CONSTITUCIONAL: PRINCIPIOS Y PROCESOS\*

*In Memoriam Jorge Carpizo*

Rafael ESTRADA MICHEL\*\*

SUMARIO: I. *Principios y reglas, otra vez.* II. *Multivulnerabilidad. Vic-timas y principios.* III. *¿Por qué es tan importante el sistema acusatorio?*

Conocí propiamente al doctor Carpizo en Salamanca, con ocasión de su integración al sínodo que habría de juzgar la tesis que iba a valerme el grado doctoral. Don Jorge, muy amablemente, había accedido a viajar desde Madrid, capital en la que dictaba cátedra como profesor visitante tras su impresionante *cursus honorum*, hasta la ciudad del Tormes. Mis profesores salmantinos Ángela Figueruelo y Benjamín González Alonso sabían muy bien lo que para un estudiante mexicano implicaba la presencia del antiguo rector de la Universidad Nacional en jurado semejante.

La importancia de la visita, sin embargo, no se quedó ahí. Fue, para mi vida, auténticamente *radical* (la palabra favorita de Ortega). Y es que Carpizo, a pesar de su evidente aprecio por la legalidad como principio, como vivencia e incluso como valor, poseía una vastísima cultura que lo hacía apreciar la libertad y la creación interpretativa mucho más allá de la mera letra normativa. No era un reduccionista: se abría con facilidad hacia campos propios de la sociología, de la historia constitucional, de la literatura y del arte. Años después comprendí que tal apertura de espíritu era lo que le había permitido postular su sapiente tesis en torno a las

\* El presente trabajo desarrolla las líneas de uno previamente publicado, también como homenaje al doctor Carpizo, en *Argumentación jurisprudencial. Memorias del II Congreso Internacional de Argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la SCJN, 2012, pp. 17-22.

\*\* Instituto Nacional de Ciencias Penales.

facultades *metaconstitucionales* del presidente mexicano cuando aún no se había integrado a gabinete de gobierno alguno.<sup>1</sup>

Un día antes del examen, dimos un paseo por la ciudad dorada. En la Biblioteca que fundó Alfonso X, la del añejo Estudio helmántico, el doctor, campechano en más de un sentido de la expresión, desenvolvía la medieval *Tórah* con la convicción del niño que a un tiempo se divierte y admira. Pero no hablaba de la Ley enrollada, ni siquiera si se trataba —como en el caso— del mismísimo Pentateuco. Su plática, para todos los afortunados presentes (mis padres, mi esposa, los maestros, el bibliotecario, mis amigos, un servidor) giraba en torno al *Talmud*: Carpizo era hombre de principios y de interpretaciones lúcidas.

Sin que para ello obstara el carácter decididamente laico de su prédica, el maestro me recordó al doctor de la ley que resolvió el dilema del buen samaritano: como se sabe, quien se comportó como prójimo del viandante herido (“medio muerto”, dice el Evangelio) fue no el garante habitual, el mencionado en el texto de la norma (el sacerdote o el levita que sabían que nadie los miraba y que no debían mancharse las manos con sangre “impura”) sino “el que tuvo *compasión* de él”. El que actuó, pues, conforme a sus principios, a una interpretación talmúdica y creativa de la ley que le compelió a ponerse en las sandalias (y en la lacerada piel) del otro. El samaritano supo compartir la *pasión* de su prójimo.

Al día siguiente, en el seno del sínodo peninsular, don Jorge recordó entre todos los miembros del Constituyente de Cádiz (pues sobre eso versaba mi tesis) al célebre Conde de Toreno, un joven liberal miembro de la alta nobleza española que en aquella asamblea iniciática, inédita al día de hoy por lo panhispánica, reivindicó el principio de la soberanía nacional, equiparado en no pocas ocasiones al de la soberanía popular, por encima de cualquier letra legal, viva o muerta, regía o insurgente, activa o relegada. Para Toreno, como para el constitucionalista de Campeche, la política era servicio al bien común o no era sino vacuo y elocuente falseamiento. Años después, con motivo de la reforma constitucional mexicana de 2011, cuando Carpizo afirmó que el artículo 1o. se había modificado para decir lo que la Constitución ya decía en el 133, supe muy bien lo que quería transmitir, incluso en el terreno valoral.<sup>2</sup> Y aquilaté el significado de la opinión de mi gran maestra y amiga Irene Herreras en el sentido de que su profesor por excelencia en nuestra Ciudad Uni-

<sup>1</sup> Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI editores, 1978.

<sup>2</sup> Carpizo, Jorge, “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 814-818.

versitaria había sido Jorge Carpizo. Como Toreno, como Ramos Arizpe, como Guridi y Alcocer, por mencionar solamente a conspicuos liberales doceañistas, Carpizo era un hombre institucional, pero era sobre todo un constitucionalista. Y el constitucionalista no es, no puede ser, un conformista con la literalidad de la ley: la ley, como en Saulo de Tarso, no salva por sí misma. Solo el espíritu salva.

Carpizo, servidor de las instituciones, de la legalidad y de la Constitución, de la “certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”.<sup>3</sup> no cayó en la tentación legolátrica de practicar la apoteosis de Código alguno, ni siquiera de su estudiadísima Constitución queretana de 1917.<sup>4</sup> Así nos lo advirtió, expresamente, a los integrantes del Consejo Consultivo convocado para la erección del Museo de las Constituciones, Consejo que él dirigía y que en 2012 dio lugar al nada fundamentalista Museo que la UNAM erigió en el Colegio Máximo de San Pedro y San Pablo, la sede de los dos primeros constituyentes mexicanos y, por tanto, la casa en la que se promulgó la Constitución federal y republicana de 1824. Lo que celebra el venerable inmueble donde el padre Servando Teresa de Mier pronunció su *Discurso de las Profecías* es precisamente la vigencia de los principios que dieron forma a México.

Con todos estos antecedentes creo que puedo sostener, carpicianamente, que a raíz de las reformas a la Constitución general de la República en sentido principalista (2008-2011) se puede hacer ya, desde cualquier sede, una lectura *sensata* de la Constitución. Una lectura que sea propia de seres humanos y no de autómatas servidores de un “imperio de la Ley” que, si se interpreta integrista y reduccionistamente, no resulta sino una “ingenua fábula”, para utilizar la expresión de Kennedy.<sup>5</sup>

## I. PRINCIPIOS Y REGLAS, OTRA VEZ

Vale la pena comenzar, como en todo, por el principio: las normas legislativas son prevalentemente reglas, según ha dicho Zagrebelsky, mientras

<sup>3</sup> Laporta, Francisco *et al.*, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo- Fontamara, 2012. Se trata de las participaciones en un Seminario dedicado en amplia proporción a analizar críticamente la teoría principalista de los derechos “en serio” y del *Law's Empire* de Ronald Dworkin.

<sup>4</sup> Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, UNAM, 1979.

<sup>5</sup> Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, trad. de Guillermo Moro, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2010, p. 54.

que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios.<sup>6</sup> Y los principios, dado que emanan de múltiples fuentes, nos conducen a repensar el derecho en términos pluralistas.

Desde luego que las leyes constitucionales también contienen reglas (el plazo constitucional, el auto de vinculación a proceso), pero la Constitución en sentido absoluto (que es el sentido de Schmitt<sup>7</sup> aunque desde otra perspectiva, que hace preferible hablar de “orden constitucional”<sup>8</sup>) contiene ante todo principios: presunción de inocencia, racionalización de la prisión preventiva, búsqueda de la verdad y combate a la impunidad, reparación del daño causado a la víctima, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación, esto es, proceso debido, adecuado, además de los principios-instrumento, oralidad y acusatoriedad, entre otros muchos.

La distinción no es de matiz: impacta a la dogmática jurídica toda y a la forma de resolver los problemas. Como ha señalado certeramente Aldo Petrucci, para romanos y bajomedievales el concepto de “norma” tiene mayor relación con el de “máxima” que con el de “regla”.<sup>9</sup> Acaso en razón de ello es que Occidente develó en aquellos dos momentos privilegiados el *Ordo iuris*, mientras que los herederos, rebeldes e ingratos, seguimos entrampados entre Códigos e igualdades materiales que no terminan de llegar a pesar de declaraciones de indudable y simplificadora belleza.

<sup>6</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 9a. ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 109-110.

<sup>7</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1996, pp. 29-36.

<sup>8</sup> Un orden que incluye a “esta Constitución”, a los tratados y convenciones internacionales, a las Constituciones de los Estados, a los usos de comunidades indígenas y a las leyes generales y/o federales que puedan ser referentes principialistas y que, por tanto, integran el llamado “bloque de constitucionalidad”. Sobra decir, contra interpretaciones manidas, que entre las partes integrantes del orden constitucional no existe, ni tiene por qué existir, contención alguna. Su relación es más bien de integración, que no de conflicto. Tampoco de piramidal jerarquía.

<sup>9</sup> Petrucci, Aldo y García Luque, José Antonio, “La crisis de la ley en la experiencia jurídica romana (siglos IV-VI d.C.)”, *La crisis de la ley*, México, Universidad de Pisa-Escuela Libre de Derecho, 2007, pp. 9-60; Petrucci, Aldo y Luchetti, Giovanni (a cura di), *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Bologna, Pátron Editore, 2006, en especial pp. 67-74; Petrucci, Aldo y De la Peza, Rodrigo, “Principios y reglas en la jurisprudencia romana. Aspectos teóricos y el ejemplo concreto de la cláusula de buena fe en el ámbito contractual”, *Principios y reglas*, México, Universidad de Pisa-Escuela Libre de derecho, 2010, pp. 339-406.



No resisto la tentación de asimilar el proceso reduccionista a lo ocurrido en el terreno de la música, otra tierra de experticia para Carpizo. Nikolaus Harnoncourt, el ilustre teórico y práctico de la música “en serio”, opina que:

No es casual que la reducción de la música a lo bello, y con ello a lo que todo el mundo puede comprender, sucediera en la época de la Revolución francesa. En la historia siempre hubo períodos en los que se ha intentado simplificar la música, reduciéndola a lo emocional, para que cualquiera pueda entenderla. Todos esos intentos fracasaron y condujeron a una nueva variedad y complejidad. La música sólo puede resultar comprensible para todos si se reduce a lo primitivo o si todos aprenden su lenguaje.<sup>10</sup>

Imposible no pensar, al leer esto (o al escuchar el Orfeo de Monteverdi en paralelo con la Marsellesa) en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en el Código Napoleón, en contraste con el Digesto o con la Magna Glosa.

No rehuyendo los retos que nos presenta el pensamiento complejo, propongo otro comienzo de entendimiento para nuestro tema: los principios *constituyen*. Las reglas, aunque estén en la Constitución, son en realidad leyes reforzadas<sup>11</sup> (e incluso programas políticos que se pretende colocar por encima de las veleidades electorales). Lo fundamental de los principios está en que atienden a los tres criterios de determinación constitucional básica: la paz, la igualdad y la ley del más débil.<sup>12</sup> Las reglas deben desarrollarlos; es más, si no los desarrollan no tienen derecho a permanecer en el sistema (y, por tanto, a ser auténticas reglas). En tanto tales reglas, no constituyen nada, y deben avocarse a la garantía efectiva de los derechos para mantener su legitimidad y aún su existencia.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Harnoncourt, Nikolaus, *La música como discurso sonoro*, trad. de Juan Luis Milán, Barcelona, Acantilado, 2006, p. 10.

<sup>11</sup> Zagrebelsky, *El derecho...*, *cit.*, p. 110. “Sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, ‘constitutivo’, del orden jurídico... Las reglas... se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan”.

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, 2007, pp. 71-90.

<sup>13</sup> Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, trad. de Miguel Carbonell, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010.

El proceso adecuado de derecho es un corolario principialista del *rule of Law and not of men* que, a falta de traducción que no resulte legicentrista (como en *Rechtsstaat*), llamamos en castellano *Estado constitucional y democrático de derecho*. Es corolario en sus tres vertientes, puesto que el proceso del que somos acreedores (como que es *debido*, el Estado *nos lo debe*) conduce a la paz, parte del reconocimiento de la igualdad y protege al más débil, es decir, a todo aquel que se halla sometido a los poderes públicos por cualquier razón y con independencia de su potencia socioeconómica, sociopolítica y sociocultural. En él hallamos la triple naturaleza de los principios jurídicos: objetivo, cauce y espíritu.

De ahí que el debido proceso no tenga nada de adjetivo, sino que sustantive (¡y en qué forma!) a otros *principios* que desde junio de 2011 se hallan reconocidos por la Constitución general: los de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos (también estos, ahora, *reconocidos* y no *otorgados* por el texto fundamental, es decir, por la voluntad del Estado), pero además por el de *dignidad humana*, piedra angular de toda interpretación jurídica y cláusula de cierre para la argumentación limítrofe en Derecho. Aunque la Constitución en los artículos 1o. y 3o. ya la mencionaba, a partir de la reforma al artículo 1o., en razón de una lectura sistemática, la dignidad es el fundamento igualitario de todos los derechos y en nombre de ella se prohíbe, a favor del más débil, “toda discriminación... que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” (artículo 1o., 5o. párrafo). Nos hallamos ante un principio *pro dignitate* sólidamente articulado con el *pro persona* dado que el fundamento antropológico del Estado constitucional es la dignidad humana,<sup>14</sup> principio que, hoy, brinda identidad al texto fundamental mexicano.<sup>15</sup>

En el segundo párrafo del nuevo artículo 1o. constitucional se dice que las *normas* (en el sentido de *reglas*) relativas a derechos humanos deben interpretarse de conformidad con los *principios* (aunque no lo diga expresamente, del contexto no puede deducirse otra cosa) derivados de “esta” Constitución y con los extraídos de los “tratados internacionales de la materia”, buscando siempre favorecer “a las personas la protección más amplia”. Tal integración interpretativa se puede hacer en varias sendas argumentativas, pero la jurisdiccional es sin duda la más propicia,

<sup>14</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, p. 147.

<sup>15</sup> Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. de R. Sanz *et al.*, Madrid, Trotta, 2006.

aun cuando las críticas en el sentido de Posner y su tajante “los jueces no son profesores de derecho” resulten pertinentes.<sup>16</sup> Ahora bien, dado que se halla prohibido discriminar en menoscabo de derechos por razones atinentes a la dignidad humana, la búsqueda de la fórmula *pro persona* no puede agotarse en “esta” Constitución y los tratados, sino que debe extenderse por parte de todos los operadores jurídicos (desde luego por parte de los fiscales, que detentan un ministerio que es *público*, que pertenece al espacio *republicano* de ejercicio de las libertades y de las dignidades) a todo el complejísimo haz de fuentes jurídicas, haciendo abstracción, *pro dignitate*, de estériles jerarquías normativas. Aplicar una disposición menos garantista, más limitada que otra, es discriminar a una persona en perjuicio y menoscabo de sus derechos y libertades.<sup>17</sup>

El juez, por su parte, para favorecer la protección más amplia posible, ha de determinar en caso de aparente colisión de derechos qué *principios* informan a las diversas *reglas* aplicables y cuáles harán prevalecer en mejor forma las características de *universalidad*, *inalienabilidad*, *incondicionalidad* y *fundamentalidad* de los derechos humanos para, a partir de ahí, colocarlos en un sano juego de interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Como puede apreciarse, la tarea dista de ser sencilla. Comprende un auténtico *Apocalipsis*, una revelación: se trata de develar un *Ordo iuris* que la codificación había pretendido simplificar y que, sin embargo, permaneció agazapado para resurgir con potencia incluso en los países que, como México, se adhirieron con mayor resolución formal a la legolatría fundada en la supuesta “plenitud hermética del sistema”.

Los operadores del derecho están obligados ahora, expresamente (hemos visto que ya lo estaban por virtud del 133 constitucional, pero estrafalarias lecturas habían tornado inoperante la vinculación) a descubrir un nuevo *Ius Commune* que permita por un lado adscribir al país, de una buena y definitiva vez, al civilizado mundo del *rule of Law* y del *due process* y, por otro y en consecuencia, proteger a las personas en la forma más completa posible. Ahora bien, los análisis en los pasados dos años se han centrado en la interpretación *conforme* para el llamado control de la convencionalidad, en particular en el que ha de practicarse en sede “difusa”, pero si la dignidad humana la tomamos “en serio” será fácil llegar a la conclusión de que nadie deberá ser discriminado mediante la inaplicación de una norma, aunque sea secundaria o “local”, cuya interpretación

<sup>16</sup> Posner, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, trad. de Victoria Roca Pérez, Madrid, INACIPE-Marcial Pons, 2008, en especial pp. 240 y 241.

<sup>17</sup> Carpizo, “La Constitución mexicana...”, *cit.*, p. 820.

podría llevar a la protección “más amplia” de sus derechos básicos, puesto que ello implicaría mediatizar o condicionar la garantía efectiva de los derechos fundamentales

“Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador”.<sup>18</sup> Superado el paradigma expropriatorio del derecho, el paradigma codificador, “en las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras”. Los principios “remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc. y... más que ‘interpretadas’ a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos*”. Como sugirió hace décadas Paolo Grossi, se trata de razonar como lo hacían los juristas del *Ius Commune* bajomedieval, tratando de hallar los valores vigentes en una sociedad y un tiempo determinados, que nunca son idénticos a otros por más sólidos que se manifiesten los vasos culturales que los comunican.<sup>19</sup> El monismo ha quedado desplazado: sus interpretaciones más integristas lo tradujeron en ralentizador de la justicia. Hay ahora que vivir (e interiorizar) lo que, también en la feliz fórmula grossiana, ha de llamarse “pluralismo jurídico”. Es parte integradora de la cultura constitucional que describió Peter Häberle y que permitirá superar la “mitología jurídica de la Modernidad” que Grossi identifica con el absolutismo codificado.

El significado de los principios solo puede entenderse, en cuanto a su alcance, en los problemas reales que generan precedentes. No hay más justicia que la del caso concreto, ha dicho Francisco Carpintero,<sup>20</sup> y ello resulta muy notable en el supuesto, también recientemente incorporado al texto constitucional mexicano, del “interés superior de la niñez”: ya no pueden oponerse reglas inflexibles (por ejemplo, las referidas a la cosa

<sup>18</sup> Zagrebelsky, *Derecho dúctil...*, cit., p. 110.

<sup>19</sup> Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 50-55 en específico; Grossi, Paolo, *Europa y el derecho*, trad. de Luigi Giuliani, Barcelona, Crítica, 2008, pp. 16 y 17.

<sup>20</sup> *Cfr.* su distinción entre lo “empírico” y lo “real”, así como entre las “reglas de los juegos”, las “normas de construcción” y las “normas de *ius cogens* o derecho simplemente obligatorio, ya que existe ante todo por razones que entendemos que son de justicia”. Así las cosas, la “reduccionista” Teoría del Derecho del siglo XIX no habría entendido que hay Derecho “no penal”, sólidamente cimentado en casos que van mucho más allá de la potestad sancionadora del *Rechtsstaat*. Carpintero, Francisco, *Libertad y derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 1999, pp. 69-82, en especial p. 70.

juzgada o a la libertad absoluta para la disolución del vínculo matrimonial) a los intereses de niñas y niños en materia, también por ejemplo, de alimentos y obligaciones paternas. Notable es, asimismo, que el sistema procesal acusatorio derivado de la reforma de 2008 busque, ante todo, que el *Ordo iuris* prevalezca sobre argumentaciones letrísticas y privadas de fondo para obtener que se haga justicia en la mayor cantidad de casos posibles: que se proteja lo más ampliamente posible a la mayor cantidad posible de *personas*. Hermosa expresión, no cabe duda. Y tan hermosa como que en la *posibilidad* se juega el complejo todo de la existencia humana.

Una recientísima resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (escribimos en septiembre de 2013) resuelve una contradicción de tesis reconociendo la “jerarquía o rango” constitucional de los tratados en la materia de derechos humanos, pero disponiendo al alimón que las limitaciones o restricciones establecidas en el texto constitucional prevalecen en caso de antinomia sobre las disposiciones internacionales, aún *contra persona*.<sup>21</sup> Así, por ejemplo, ha de ocurrir con la figura del arraigo, con la restricción de derechos políticos a ministros de culto religioso o con las limitantes a la contratación de espacios publicitarios en tema electoral. Debe señalarse que también se incorporaron, como vinculantes para los tribunales mexicanos, los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun en los casos derivados de asuntos en los que México no sea parte<sup>22</sup> siempre, debemos entender, que no contradigan una limitación mexicana de nivel constitucional.

Hemos de esperar el *engrose* definitivo, pero del debate entre los ministros pueden extraerse preocupaciones en torno a temas de restricciones como los ya señalados y también en relación con los tópicos más conceptuales, como el que podría responder a la pregunta ¿puede existir interpretación *pro persona* con consideraciones de jerarquía normativa? Me parece que podría consumarse un duro golpe al pluralismo jurídico.

Preocupa, también, el futuro: técnicamente, un núcleo duro, intangible o irreformable de derechos humanos ya no podría existir. La resolución perturba *ex post facto*: pareciera que a raíz de ella se puede modificar el orden constitucional, así sea el de origen convencional, a título de “limitaciones en *esta* Constitución”. Si los derechos humanos pueden restringirse con reformas constitucionales, ¿dónde queda el principio de progresividad o no regresividad? ¿Puede surgir responsabilidad de carác-

<sup>21</sup> CT 293/2011. Sesión definitiva, martes 3 de septiembre de 2013. Consulté versión estenográfica.

<sup>22</sup> CT 21/2011. *Idem*.

ter internacional para el Estado mexicano? ¿Podremos dejar de pensar el derecho en términos de monopolio reglístico? Y es que, precisamente, pareciera que para salvar el pensamiento piramidal y monista la Corte ha preferido abandonar los mecanismos principialistas para volver a una pretendida, e imposible, exacta aplicación de las reglas. Según hemos visto, el texto constitucional no la autoriza a ello.

## II. MULTIVULNERABILIDAD. VÍCTIMAS Y PRINCIPIOS

Con ánimo pluralista y horizontal, procuraré demostrar, a partir de una cierta lectura de los artículos 1o. y 2o. constitucionales, cómo la multivulnerabilidad no puede ser tolerada por el Estado mexicano, un Estado compuesto, multicultural y, por ende, complejo, en el que la única “razón de Estado” concebible es la garantía efectiva de la dignidad humana.

La rousseauniana<sup>23</sup> toma de posición por el reconocimiento de los derechos humanos (*pacto societatis*) obliga a pensar en garantizar derechos originarios, derechos propios del estado de naturaleza, y esto no solo en relación con los pueblos y comunidades indígenas. El abandono de la postura dativa-hobbesiana (*pacto subjectionis*) genera este tipo de consecuencias conceptuales.<sup>24</sup> Así, los derechos comprendidos en el artículo 2o. no son derechos colectivos enfrentados a los de la persona individual. Podríamos decir que el llamado “capítulo indígena” de la Constitución se adelantó en diez años a la reforma de 2011, sin que se pueda, ahora, pretender imponer limitaciones “constitucionalmente situadas”.

Como hemos visto, los derechos básicos, una vez reconocidos (no hay contradicción posible: si son universales, inenajenables y fundamentales no pueden estar condicionados por deber alguno a cargo del derechohabiente y por eso es que son derechos humanos) deben interpretarse en forma tal que los *principios* que los informan rijan en la manera más amplia y efectiva posible, se halle donde se halle esa forma (control constitucional de convencionalidad e interpretación *pro dignitate*). Así, los funcionarios del Estado mexicano, en todos los órdenes, estamos obligados

<sup>23</sup> Reciente, e interesante a este respecto, resulta la compilación de Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto, *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013.

<sup>24</sup> Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996, en especial capítulo I.

a encontrar la solución normativa que mejor matice (y eventualmente elimine) la vulnerabilidad. Eso, desde el punto de vista actuante, se llama *discriminación positiva*. Un ejemplo muy claro, también en el nivel constitucional, lo encontramos en el ya mencionado *principio* del interés superior de la niñez (artículo 4o.).

Pero hay más en relación con la incorporación del principio de dignidad humana y su corolario, la prohibición absoluta de discriminación negativa. “Digno de algo” significa “acreedor”: se nos *debe* el debido proceso, pero también la igualdad *en droits*, las políticas públicas que eliminen la vulnerabilidad,<sup>25</sup> la reparación del daño, el trato humanístico a los internos en centros de reclusión y en centros penitenciarios y el correcto tratamiento a las víctimas del delito o de la violación a los derechos humanos.

En el prólogo que escribe al *Judas* de Lanza del Vasto, Javier Sicilia destaca un deber que me ha impresionado desde siempre: el de hacernos cotidianamente la pregunta del Iscariote: “¿acaso seré yo, Maestro?” ¿Seré yo el que contribuye a un estado de cosas injusto y, en ocasiones, homicida? ¿Seré yo el que no pone su máximo esfuerzo en evitar que las personas desaparezcan sin dejar huella? ¿Seré yo el indolente, el que traiciona instalado en su zona de confort, el que no se toma en serio el principio de dignidad humana? Pues bien, creo que con las reformas constitucionales de 2008 y 2011, así como con la Ley General de Víctimas, la República ha comenzado a hacerse la misma pregunta, con serena objetividad y legítima preocupación: como ocurre con Jacques Fesch, el héroe de *El reflejo de lo oscuro*, otro de los buques insignia de Sicilia, el Estado mexicano (que es tanto como decir todos nosotros) busca la redención a partir de la operación de los mecanismos de reinserción comunitaria, de solidaridad y empatía. Creo que habla por sí misma de esta actitud la disposición que permite que el Estado *compense* aunque no haya causado daño alguno a las víctimas (solo el que daña tiene que reparar, nos dice la teoría jurídica clásica).

Se ha hablado mucho de las deficiencias técnicas de la Ley General de Víctimas, comenzando con su carácter, precisamente, general, es decir, su carácter de ley de desarrollo de una facultad concurrente no explícita. Es necesario, por supuesto, potenciar su operatividad, lo mismo que la del Sistema Nacional de Atención a Víctimas, integrado en la versión original del instrumento legal por un número inmanejable de institucio-

<sup>25</sup> Caso Wirikuta. Recomendación 56/2012 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

nes y personas, y la del Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación integral del daño en lo relativo no solo a la viabilidad financiera sino a la estructuración jurídica en temas como la subsidiariedad del Estado y el hecho generador de las obligaciones. Pueden, con todo, ser resaltadas algunas virtudes y, sobre todo, ciertas conexiones con la nueva forma de mirar nuestro ordenamiento constitucional.

La primera de estas virtudes la hallo en el carácter principialista de la ley, un carácter que se corresponde con los valores que impulsaron la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. Es, quizás, el primer caso en el ámbito de las leyes secundarias del país. Por lo que entiendo, se buscó colmar los más altos estándares internacionales y se incorporaron las mejores prácticas comparadas en materia de atención a víctimas. Es imprescindible hacerlas operativas y no esperarlas todo, en trance de falacia idealista, de la letra de la norma. Existe en el país una experiencia valiosísima desarrollada durante el pasado bienio por las Procuradurías Sociales de Atención a Víctimas (Províctima). La desagregación de la atención a las víctimas que podría derivarse de una mala interpretación de los principios que informan la ley general podría llevar a situaciones indeseables e, incluso, contrarias a la dignidad de quienes han sido víctimas de un delito o de la violación a sus prerrogativas básicas.

El artículo 5o. de la ley subordina el diseño, la implementación y la evaluación de los mecanismos, medidas y procedimientos de la ley a la aplicación de varios “principios”. Destaca, en primer lugar y como referente valorativo, el de dignidad humana como cláusula de cierre a “toda discriminación” negativa:

La dignidad humana es un valor, *principio* y derecho fundamental base y condición de todos los demás. Implica la comprensión de la persona como titular y sujeto de derechos y a no ser objeto de violencia o arbitrariedades por parte del Estado o de los particulares. En virtud de la dignidad humana de la víctima, todas las autoridades del Estado están obligadas en todo momento a respetar su autonomía, a considerarla y tratarla como fin de su actuación. Igualmente, todas las autoridades del Estado están obligadas a garantizar que no se vea disminuido el mínimo existencial al que la víctima tienen derecho, ni sea afectado el núcleo esencial de sus derechos.

El Tribunal Constitucional Federal alemán, el más avanzado en el desarrollo del principio de inalienabilidad de la dignidad humana, ha desarrollado la calidad de “base y condición de todos los derechos fundamentales”



al confirmar lo que, por lo demás, establece con claridad el artículo 79, párrafo 3, de la Ley Fundamental de Bonn: que ninguna reforma constitucional puede modificar la inviolabilidad de la dignidad humana, misma que resulta, en consecuencia, disposición de aplicación directa e incondicionada aunque evidentemente no se pueda establecer en forma general “sino siempre atendiendo al caso concreto”.<sup>26</sup> En este mismo sentido nos parece que puede decirse que la conceptualización que de “dignidad humana” hace la Ley General de Víctimas es parte integrante, imprecisiones aparte, del orden constitucional mexicano en tanto que referente axiológico de inexcusable consideración.

El “Mínimo existencial” (artículo 6o., fracción XV de la Ley de Víctimas), constituye:

Una garantía fundada en la dignidad humana como presupuesto del Estado democrático, y consiste en la obligación del Estado de proporcionar a la víctima y a su núcleo familiar un lugar en que se les preste la atención adecuada para que superen su condición y se asegure su subsistencia con la debida dignidad que debe ser reconocida a los seres humanos en cada momento de su existencia.

Una definición circular, de la que pueden rescatarse las finalidades de superación de la condición (de víctima, se entiende) y de aseguramiento de la subsistencia.

“Núcleo esencial” (artículo 6o., fracción XVI) es “aquella parte del derecho que *otorga*<sup>27</sup> derechos fundamentales de aplicación directa e inmediata y que tiende a la satisfacción de las necesidades básicas de su titular o titulares”.

Volvamos al *leit motiv* de nuestra argumentación. Por “principios”, en el marco de la célebre crítica del recientemente desaparecido Ronald Dworkin sobre las tesis de H. L. A. Hart, pueden entenderse aquellos que:

Amén de no ser producto de ninguna decisión explícita o deliberada, son lógicamente distintos de las reglas (pues)... a) no se refieren a acciones específicas; b) no se aplican de un modo todo-o-nada; y c) desempeñan un papel especial

<sup>26</sup> Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, trad. de Marcela Anzola y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 53 y 54.

<sup>27</sup> Sorprende, aquí, la utilización de un verbo que no es, como ocurre en el nivel constitucional, “reconocer”, sino el arcaísmo “otorgar”.

en la justificación de las decisiones judiciales, en el sentido de que otros principios pueden desplazarlos por una gran variedad de razones no susceptibles de enumeración exhaustiva.<sup>28</sup>

Así, no responden —ni pueden responder— a conjeturas piramidales o a “exactas aplicaciones”. El derecho, en tanto ordenamiento principialista, no puede reducirse a la mera búsqueda de reglas de reconocimiento. Exige una compleja y apasionante “vuelta a la justicia material”, como hace años señaló Franz Wieacker.

En cuanto a la reforma procesal y garantista de 2008, el *quid* de la cuestión está en comprender que los derechos de las víctimas, potenciados con la participación de los abogados victimales integrados al sistema, ahora llamados “asesores jurídicos”, no son, ni pueden ser, derechos oponibles al debido proceso. Huelga decir que no existe un derecho a la venganza, pero es necesario señalar también, con toda la claridad posible, que sin correcto enjuiciamiento no hay justicia alcanzable: resultaría un contrasentido que, en aras de defender a las víctimas, el aparato público creara más víctimas, en este caso las víctimas de un indebido procesamiento de sus causas. En la garantía eficaz de los derechos fundamentales de los procesados no puede darse un paso atrás, entre otras cosas porque así lo exige el principio de progresividad, de no regresividad, que establecen tanto la Constitución como la Ley de Víctimas. El trato “preferente” a las víctimas, que la ley regula como principio, no puede entenderse como carta abierta a la violación de los derechos de nadie.

Figuras novedosas, como el criterio de oportunidad que faculta al Ministerio Público a no ejercer la acción penal por razones de política criminal o conveniencia pública, entrarán a no dudar en tensión con los derechos de las víctimas u ofendidos. Son tensiones que surgen de la operación misma del sistema acusatorio adversarial, pero a las que la Ley de Víctimas tendrá que darle un cauce adecuado, de justicia restaurativa, de paz con justicia y dignidad.

<sup>28</sup> Si bien desde una perspectiva muy crítica hacia Dworkin *cf.* Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, p. 349. Los términos de la gentil discusión suscitada entre Hart y Dworkin en torno al “modelo de normas” del primero, pueden encontrarse en el Apéndice a Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 413-415.

### III. ¿POR QUÉ ES TAN IMPORTANTE EL SISTEMA ACUSATORIO?

Recapitemos. A partir de la reforma de 2011 a la Constitución mexicana, el artículo 1o. se ha tornado importantísimo como punto de partida y clausura de todo el sistema constitucional pues:

- 1) Superó el antiguo paradigma de las “garantías individuales otorgadas” para establecer el, más rousseauiano, de “derechos humanos reconocidos”.
- 2) Estableció el control de la convencionalidad sobre todas las normas del sistema jurídico mexicano, incluyendo a las fundamentales, a partir de los tratados y convenciones firmados por el Estado mexicano, pero sobre todo a partir de los principios inalienables del derecho internacional de los derechos humanos, puesto que toda labor interpretativa debe darse conforme a ellos en calidad de partes integrantes del orden constitucional mexicano.
- 3) Estableció el principio *pro persona*, que obliga a los operadores jurídicos a encontrar la solución que mejor se corresponda con la protección más amplia a los derechos humanos independientemente de dónde pueda encontrarse, esto es, independientemente de estrechas jerarquías normativas.
- 4) Elevó al principio de inalienabilidad de la dignidad humana a la calidad de cláusula de cierre indispensable para la actuación de todos los funcionarios públicos en los temas de combate a la discriminación pero también en todos los relativos a los derechos humanos, mismos que deberán interpretarse y aplicarse *pro dignitate*, es decir, a favor de la universalidad, inenajenabilidad, fundamentabilidad e incondicionalidad de las prerrogativas del género humano.
- 5) Incorporó la obligación de todos los servidores públicos para que, en el ámbito de sus atribuciones, promuevan, protejan, garanticen y respeten los derechos humanos de conformidad con los *principios* de universalidad, progresividad, interdependencia e integralidad, que deben superponerse a cualesquiera reglas, incluyendo a las de nivel constitucional, que restrinjan o impidan su cabal desenvolvimiento.
- 6) Robusteció la ya existente obligación de reparación de las violaciones a los derechos humanos por parte del Estado mexicano, cuando éstas hayan sido causadas por alguno de los funcionarios adscritos al mismo en cualquiera de los órdenes competenciales e incluso, en

determinados supuestos, cuando las violaciones se deriven de la comisión de delitos por particulares.

Caben de inicio a estos respectos varias preguntas, en un país que ha sufrido considerablemente por la acción del crimen organizado: ¿a favor de qué persona debe aplicarse el principio *pro persona*? ¿De la víctima o del victimario? ¿Qué implicaciones tiene en el combate al delito el principio de dignidad humana, incorporado al texto fundamental? ¿Debemos entender que el Estado y sus funcionarios están obligados a no discriminar a nadie, cualquiera que haya sido su conducta acreditada en un debido proceso judicial?

Comencemos por la tercera pregunta. Y la respuesta es sí, en definitiva: el trato humano, digno, a cualquiera que se enfrente al sistema de justicia penal es un imperativo constitucional, un imperativo *pro persona*. Ello se traduce, por supuesto, en la presunción de inocencia, en la carga que el funcionariado tiene para probar la culpabilidad de los privados, siempre y en toda situación por la inalienabilidad y universalidad necesarias para que el principio sea principio.

Y nótese que, al menos desde la reforma de 2008 al sistema de enjuiciamiento penal, vivimos un Derecho de principios, los señalados en el artículo 20 con los que quiso iniciar la propia reforma procesal. La dignidad humana implica ante todo ser íntegro, coherente con la defensa de una verdad propia, para evitar ser cosificado. Y un mecanismo acusatorio adversarial bien estructurado es eso lo que propicia. Se presume que todo ser digno de llamarse humano se produce con verdad y aspira a la justicia: probar lo contrario corresponde al aparato estatal.

No hay contradicción, sino aparente, entre los derechos del procesado y los de la víctima u ofendido. Lo que el texto constitucional exige ahora no es privilegiar los unos en perjuicio de los otros, sino darle la interpretación más favorable a la protección y garantía más amplia que proceda en ambos casos, una vez que ha sido determinado qué derechos corresponden a cada uno de los involucrados en el proceso penal. Así, el derecho a la memoria de las víctimas no tiene por qué verse como algo enfrentado al derecho a la presunción de inocencia previo a la emisión de una sentencia condenatoria inatacable. Tampoco resultaría lógico procurar resolver los problemas de las víctimas creando ofendidos por el indebido proceso.

¿Va variando la dignidad humana conforme se va acreditando la culpabilidad del procesado? Por supuesto que no: la dignidad humana es inalienable y no está, por tanto, sujeta a carga o condición alguna. El gobernado nunca puede ser, en este sentido, un enemigo de la comunidad, si

por hostil entendemos el indigno de vivir en comunidad. El Estado constitucional y democrático hace imposible la excomunión y el ostracismo. Lo que busca son los mejores mecanismos para acreditar la responsabilidad de un ser humano por los actos que ha cometido. Esto también es dignificante.

*Rule of Law* frente a *Rechtsstaat*, estado legislativo “de Derecho”. Cien años han transcurrido y seguimos si leer bien a bien a Rabasa, seguimos sin sospechar de una lectura letrística del principio de legalidad. ¿Puede haber Estado democrático y constitucional sin juicio de pares, sin jurado popular, sin debido proceso, sin igualdad de armas para la parte acusadora y la acusada, con, en suma, la “desolación de la quimera”, a que se refirió Bartolomé Clavero en su *Happy Constitution*?

¿Puede haber seguridad pública sin garantías institucionales efectivas para la defensa y para la acusación, para el ejercicio adecuado de un ministerio que es público? ¿Puede haberla sin colegiación obligatoria de los abogados? ¿Sin servicio civil de carrera para fiscales, agentes investigadores, defensores públicos, abogados victimales y peritos?

Tomándonos los principios *en serio*, caben, desde perspectivas privilegiadas de la dignidad, preguntas como esta: ¿está obligado el Estado a garantizar la dignidad de los habitantes o transeúntes de su territorio aun en contra de los ataques privados o “salvajes”? En otras palabras, ¿existe el derecho humano a la seguridad pública?

Me parece que sí. Como en el caso de la no discriminación, el Estado no puede tolerar ciertas conductas por parte de los particulares. Ahora bien, garantizar la no discriminación discriminando constituiría un contrasentido, como lo es garantizar la seguridad pública violentándola al violar derechos fundamentales. La dignidad humana no soporta ninguno de estos extremos. El principio *pro persona* no puede entenderse *pro societate* en perjuicio de individuo alguno, sea víctima o victimario.

Llevamos, desde 1856-57, discutiendo la parte institucional más importante de la cuestión: la que se refiere a un ministerio que en verdad sea público y en verdad sea acusador, parte en los juicios y expresión de los deseos conciliatorios, pacificadores y garantes de la sociedad. El artículo 27 de la Constitución de 1857, en proyecto, prescribía que a toda causa criminal debía precederla denuncia, querrela o tutela ministerial de los intereses sociales (acción *ex officio*). El debate fue célebre e ingente.

Emilio Rabasa dio cuenta de él y se lamentaba, hace cien años, de que el proceso no fuese aún acusatorio, como es debido. En 1917 el diputado José Natividad Macías hacía eco del lamento al afirmar que la institución del Ministerio Público se había establecido entre nosotros como todas las

instituciones, a medias y eclécticamente, por la vía de imitar a las naciones civilizadas pero sin llevar la imitación a sus últimas consecuencias. El MP de 1857 había sido una “entidad decorativa que... No hacía más que cruzarse de brazos para que el juez practicara todas las diligencias”. Un problema, pues, de diseño procesal y de cultura constitucional. 1917 quiso resolver la cuestión, pero a partir de la codificación procesal y sustantiva (1929-32) se generó un nuevo y pernicioso extremo, exactamente el contrario: el juez se limitaba a confirmar las determinaciones del fiscal, cuyas actuaciones poseían (poseen) fe pública.

En 2008 resolvimos, al menos en el texto constitucional, el *quid* más grave de nuestra estructura fundamental. Seguimos en el trance de consolidar el paso: aquella reforma, principialista donde las haya, ha sido la más discutida y cuestionada aún después de su promulgación, a grado tal que ha puesto en entredicho, incluso, la categoría misma del concepto “Constitución”.

Cuando el artículo 20 inciso a fracción I de la Constitución habla del objeto del proceso penal e incluye el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente, el combate a la impunidad y la reparación del daño, está hablando de principios jurídicos en el sentido de Franco Bonsignori,<sup>29</sup> es decir, de valores, ideas y metas expresadas en términos generales y abiertos, no generadas por un acto de voluntad sino por una elaboración sapiencial de datos, a las que el Estado democrático no puede renunciar so pena de convertirse en un Estado fallido o desilusión. La problemática se halla en equilibrar estas finalidades con el debido proceso, también integrado por principios, aunque en sentido más instrumental: inmediación, contradicción, publicidad, concentración, continuidad y equidad procesal en el que se incluye, por supuesto, la presunción de inocencia.

Ahora bien, si uno lee con atención el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como sus correlativos en los instrumentos interamericanos, uno se percató de que la reforma de 2008 vino solamente a corroborar, como quería Jorge Carpizo, elementos de debido proceso que ya se hallaban incorporados al orden constitucional por virtud del artículo 133 (y, a partir de 2011, también por el artículo 1o.). Nos referimos, por supuesto, a un proceso público, imparcial y equitativo, accesible para todas las partes justiciables, e incluso al principio interpretativo *pro persona*, ya contemplado en los instrumentos reguladores de nuestra América.

<sup>29</sup> Cfr. Bonsignori, Franco, “Diritto como regole e come principi”, *La crisis de la ley, cit.*, p. 258.

Numerosos instrumentos multilaterales (pienso, simplemente, en la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada) se han hecho cargo de la importancia de asegurar a todos los habitantes del Globo (principios de universalidad e inalienabilidad) un mínimo indispensable de seguridad pública. No es concebible que la comunidad internacional, y muy especialmente tratándose de normas de *Ius cogens*, haya pretendido ser incoherente a la hora de esclarecer los principios de sus interacciones. Así las cosas, la tensión entre derechos humanos y seguridad pública es meramente artificial y aparente cuando existe una cultura constitucional sólidamente fundada y articulada que permite vivir los valores fundamentales del ordenamiento.

Una de las principales causas de queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha sido, históricamente, la prestación “indebida” del servicio público. ¿Qué es lo “indebido”? ¿Acaso no es algo que pueda matizarse o graduarse? ¿Es lo mismo dejar de fundar o motivar un acto de autoridad que practicar la tortura o la desaparición forzosa? Sorprende el extendidísimo uso del eufemismo, dado que otras causales al uso consisten en “falta de fundamentación o motivación” y en “falta de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficacia en el desempeño de las funciones del servidor público”. ¿No es esto indebido proceso, incorrecto cauce para la realización de actos administrativos por los que el contribuyente paga una buena suma de dinero? Si todo cabe en lo “indebido”, ¿a qué vienen las distinciones?

¿Toda prestación indebida del servicio público constituye violación a algún derecho humano? El principio de legalidad, ¿debe entenderse como “exacta aplicación de la ley”? Si las comunidades indígenas tienen derecho a la aplicación de sus usos, costumbres y procedimientos, ¿lo tienen como excepción al derecho humano de legalidad entendido exactistamente? Por supuesto que no. La legalidad es uno, entre muchos, de los mecanismos para acceder a la garantía efectiva de los derechos humanos. No es, sin más contenido, un derecho fundamental en sí mismo. De hecho, la aplicación exacta de la ley y de sus formalismos no debe entenderse como cobarde parapeto para la ralentización de la vigencia efectiva de los principios del *Ordo Iuris*.

Me parece que ha quedado claro que las reglas siguen a los principios, *regula ex iure*, y no viceversa. En un Estado social, constitucional y democrático de derecho, el derecho está en los principios, en los valores: es un “Orden pretendidamente justo”, según la feliz fórmula del iushistoriador Valiente.

*Due process of Law* ha sido indebidamente traducido, por nuestra tradición romano-canónica traicionada con la codificación, como “debido proceso de ley”, es decir, de forma. “Formalidades esenciales del proceso”, dice todavía nuestra Constitución: ¿puede una “formalidad” ser “esencial”? Me temo que hemos estado arrastrando malabarismos de mal tomismo. Para que el orden tenga vigencia y validez, no basta con cumplir la ley. El *espíritu* del *proceso que nos es debido* está en los *principios* que permiten acceder a un orden justo, que no en el frío cumplimiento de las normas codificadas en recetarios que los haraganes reciben con alegre irresponsabilidad.

El *espíritu* es complejo, pero no complicado. En el sistema acusatorio adversarial de enjuiciamiento criminal, imperfecto como todo mecanismo, se trata de asegurar la *igualdad de armas* entre las partes a quienes interesa el resultado del juicio. Presumir la inocencia del procesado no debe traducirse en que el fiscal esté en desventaja frente a la defensa. Al contrario, tiene que ganar juicios y, para eso, ser tan buen abogado, o más, que cualquier defensor.

El adecuado proceso requiere también de la *imparcialidad del árbitro* para lo cual el juez debe estar informado (principio de intermediación) y lúcido (principio de continuidad). La oralidad, más que un principio, es una herramienta que permite dar cumplimiento a la transparencia, principio —ese sí— imprescindible en un Estado constitucional. Y hay otro principio que requiere mucha madurez, mucha *cultura constitucional*: al revés que en Miguel de Unamuno, la divisa del sistema acusatorio es “antes la paz que la verdad”. Conciliar, mediar, abreviar, no es perder un juicio. Implica, más bien, cumplir con un deber de elevada cultura: no llevar todo a la auténtica *ultima ratio*, que es la condena a una pena.

La gente, que no la entelequia “pueblo”, quiere paz, seguridad, pero también justicia. Solo una sociedad justa e igualitaria, en la que el derecho penal no sea pretexto para ahondar en la discriminación, es gobernable a largo plazo. De no llegar a ella no nos extrañe que sigamos repitiendo nuestro centenario círculo vicioso, que ya hemos visto denunciado por Rabasa y por Macías.

La ley sirve si y sólo si genera un cauce de obligaciones que asegure que lo indecidible por parte del Estado quede ahí y no genere consecuencias nefandas. No se trata de utilizar a la ley para generar sufrimiento inútil a los gobernados. Lo que urge es generar cultura constitucional, cultura del igual reconocimiento de la dignidad humana. Del profesor, rector y *ombudsman* Carpizo debemos aprender no a estudiar “leyes”, sino a licenciarnos en justicia.



Es curioso el principio de dignidad, pues implica igualdad en dignidad para todas y todos, pero también, casi dialécticamente, diríase que es la igualdad efectiva lo que garantiza la dignidad. Las interpretaciones *pro dignitate* generan autonomía respecto del legicentrismo y la legolatría. Tal autonomía no debe entorpecer la predictibilidad del orden jurídico, pero tampoco admitir evasiones respecto a los deberes de máxima protección de los derechos básicos.

No existiendo mandato para reglamentar el artículo 1o. constitucional, salvo en lo que respecta a la reparación del daño, parece importante elevar los criterios que desarrollando el principio *pro persona* han venido estableciéndose en los tribunales federales al orden constitucional que, en bloque, determina la integración de los actos legislativos y de gobierno al sistema jurídico. Parece que se prepara una iniciativa de ley reglamentaria en tal sentido.

Si una lectura integral, sistemática, conforme, de todos los párrafos del artículo 1o. no autoriza ya a pensar en términos de jerarquías piramidales, ¿cómo hacer que la interpretación de los operadores sea efectivamente conforme, *pro persona*, como lo ordena la Constitución? ¿Una ley reglamentaria es el camino adecuado? En el caso de una tradición tan legalista como la de nuestros juzgadores, no deja de ser paradójico que una ley pueda resultar una plataforma adecuada para la integración del orden jurídico.

Hay que buscar la interpretación *pro dignitatis personae*, la de mayor amplitud en la tutela de los derechos fundamentales, allí en donde esté: en una Constitución estatal, en una ley general, en un precedente jurisdiccional, en un uso o costumbre indígena, en un tratado internacional, en un reglamento municipal. En lo supranacional, sí, pero también en lo subnacional. El orden constitucional no es un orden piramidal: es un ordenamiento ovoidal, horizontal, sin más centro que la en absoluto porosa dignidad humana o, por mejor decir, con el centro en todos lados, como en la circunferencia de Giordano Bruno.

Pero, para que ello sea posible, es necesario que la jurisprudencia, o la ley, nos diga qué debemos entender por “derechos humanos”: no todos los derechos se deben interpretar “conforme”. La labor pluralista del jurista de hoy implica buscar, cual detective, las características de universalidad, fundamentalidad, inalienabilidad e incondicionalidad de todas las prerrogativas que a simple vista le puedan parecer básicas. Y, cuando halle la efectiva reunión de los caracteres, deberá aplicar con toda la fuerza y amplitud que corresponda, el saludable juego de los principios

*pro persona* y *pro dignitate*. La pirámide, entendida como refugio y como alcázar, ha sido derribada.

No cabe duda que el juego virtuoso entre los artículos 1o. (estándares internacionales) y 20 (el proceso adecuado que se nos debe a todos) puede ayudar a generar un auténtico avance en la cultura constitucional, que es cultura de igualdades, libertades y dignidades, pero también de fraternidades. En mucho depende de nosotros, los operadores jurídicos, y de nuestra disposición a pensar el derecho en términos complejos, pluralistas, institucionales y valorativos. En los términos del doctor Carpizo, en suma.

## CRIMINALIDAD Y GLOBALIZACIÓN\*

Luigi FERRAJOLI\*\*

SUMARIO: I. *Globalización y crisis del derecho penal*. II. *La nueva cuestión criminal*. III. *La nueva cuestión penal*. IV. *El futuro del derecho penal*. *Un programa de derecho penal mínimo*.

### I. GLOBALIZACIÓN Y CRISIS DEL DERECHO PENAL

Uno de los efectos perversos de la globalización es sin duda el desarrollo, con dimensiones que no tienen precedente, de una criminalidad internacional, a su vez global. Se trata de una criminalidad “global”, o “globalizada”, en el mismo sentido en que hablamos de globalización de la economía: es decir, en el sentido de que la misma, por los actos realizados o por los sujetos implicados, no se desarrolla solo en un único país o territorio estatal, sino a la par de las actividades económicas de las grandes *corporations* multinacionales, a nivel transnacional o incluso planetario.

Las razones de este desarrollo han sido analizadas en muchas ocasiones: la mundialización de las comunicaciones y de la economía no acompañada de una correspondiente mundialización del derecho y de sus técnicas de tutela; el paralelo declive de los Estados nacionales y del monopolio estatal de la producción jurídica; el desarrollo de nuevas formas de explotación, de discriminación y de agresión a bienes comunes y a los derechos fundamentales. En pocas palabras, las nuevas formas de criminalidad transnacional son el efecto de una situación de general a-nomia, en un mundo cada vez más integrado e interdependiente y confiado a la ley salvaje del más fuerte: un mundo atravesado por desigualdades crecientes en el que, como señala el Informe de la ONU sobre Desarrollo Humano del año 2000, la diferencia de riqueza entre los países más pobres y los más ricos, que en 1820 era de 1 a 3 y en 1913 de

\* Traducción de Miguel Carbonell, revisada por Perfecto Andrés Ibáñez.

\*\* Profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Roma III.

1 a 11, ha pasado a ser de 1 a 35 en 1950 y de 1 a 72 en 1992,<sup>1</sup> y en el que el patrimonio de las tres personas más ricas del mundo es superior al producto nacional bruto de todos los países menos desarrollados y de sus 600 millones de habitantes.

Es claro que todo esto es efecto y causa de una crisis profunda del derecho, bajo dos aspectos. Está en crisis, en primer lugar, la credibilidad del derecho. Disponemos actualmente de muchas cartas, Constituciones y declaraciones de derechos, estatales, continentales, internacionales. Los hombres son hoy, por tanto, incomparablemente más iguales, en derecho, que en el pasado. Y sin embargo son también, de hecho, incomparablemente más desiguales en concreto, a causa de las condiciones de indigencia de las que son víctimas miles de millones de seres humanos, a pesar de lo que dicen esos textos. Nuestro “tiempo de los derechos”, como lo ha llamado Norberto Bobbio, es también el tiempo de su más amplia violación y de la más profunda e intolerable desigualdad.

Hay un segundo e incluso más grave aspecto de la crisis: la impotencia del derecho, es decir, su incapacidad para producir reglas a la altura de los nuevos desafíos abiertos por la globalización. Si tuviera que aportar una definición jurídica de la globalización, la definiría como un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública internacional, es decir, de un derecho y de un sistema de garantías y de instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política.

Esta crisis del papel del derecho generada por la globalización se manifiesta en materia penal, como crisis, o peor aún como quiebra, de las dos funciones justificatorias del derecho penal y por tanto de sus dos fundamentos legitimadores. ¿En qué consisten estas funciones y estos fundamentos? Me parece, como lo he sostenido en otras ocasiones, que consisten en la minimización de la violencia, tanto la producida por los delitos como la generada por las respuestas informales a los mismos: no solo, por tanto, como se suele entender, en la prevención de los delitos, sino también en la prevención de las penas informales y excesivas, es decir, de las venganzas, así como de la arbitrariedad y de los abusos policiales que serían infligidos en su ausencia. Por ello he definido el derecho penal como *la ley del más débil*. Es decir, la ley —alternativa a la ley del más fuerte— instituida en tutela de la parte más débil, que en el momento del

<sup>1</sup> UNDP, *Rapporto 1999 sullo sviluppo umano. La globalizzazione*, Rosenberg e Sellier, Turín, 1999, p. 55.

delito es la parte ofendida, en el del proceso es el imputado y en el de la ejecución de la pena es el condenado.

Pues bien, la crisis actual del derecho penal producida por la globalización consiste en el resquebrajamiento de sus dos funciones garantistas: la prevención de los delitos y la prevención de las penas arbitrarias; las funciones de defensa social y al mismo tiempo el sistema de las garantías penales y procesales. Para comprender su naturaleza y profundidad debemos reflexionar sobre la doble mutación provocada por la globalización en la fenomenología de los delitos y de las penas: una mutación que se refiere por un lado a la que podemos llamar *cuestión criminal*, es decir, a la naturaleza económica, social y política de la criminalidad, y por otro lado, a la que cabe designar *cuestión penal*, es decir, a las formas de la intervención punitiva y las causas de la impunidad.

## II. LA NUEVA CUESTIÓN CRIMINAL

Ha cambiado sobre todo la *cuestión criminal*. La criminalidad que hoy en día atenta contra los derechos y los bienes fundamentales no es ya la vieja criminalidad de subsistencia, ejecutada por sujetos individuales, prevalentemente marginados. La criminalidad que amenaza más gravemente los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es seguramente la *criminalidad del poder*: un fenómeno no marginal ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino inserto en el funcionamiento normal de nuestras sociedades.<sup>2</sup>

Sería útil desarrollar la reflexión teórica, además de la investigación empírica, sobre la criminalidad del poder: analizar, descomponer, inventariar y clasificar sus diversas formas, identificar sus rasgos comunes y sus relaciones, por un lado con los poderes legales, por otro con la criminalidad ordinaria. Aquí me limitaré a distinguir tres formas de criminalidad del poder, mancomunadas por su carácter de *criminalidad organizada*: la de los poderes abiertamente criminales; la de los crímenes de los grandes poderes económicos, y, finalmente, la de los crímenes de los poderes públicos. Por un lado, por tanto, los *poderes criminales*, por otro los *crímenes del poder*, tanto económico como político. No se trata de fenómenos criminales netamente distintos y separados, sino de mundos entrelazados, por las co-

<sup>2</sup> *Le marché fait sa loi. De l'usage du crime par la mondialisation* (2001), trad. italiana de M. Guareschi, *Il mercato fa la sua legge. Criminalità e globalizzazione*, Milán, Feltrinelli, 2002, p. 17.

lusiones entre poderes criminales, poderes económicos y poderes institucionales, hechas de complicidades y de recíprocas instrumentalizaciones.

La primera de estas formas de criminalidad del poder, la de los *poderes criminales*, es el crimen organizado: el terrorismo por un lado y la gran criminalidad de las mafias y las camorras por otro. La criminalidad organizada, obviamente, ha existido siempre. Pero hoy, como está ampliamente documentado, ha adquirido un desarrollo transnacional y una importancia y un peso financiero sin precedentes, hasta el punto de configurarse como uno de los sectores más florecientes, ramificados y rentables de la economía internacional.<sup>3</sup> Lo extraordinario es que el crecimiento de esta criminalidad es el efecto de un fenómeno paradójico en virtud del cual, como lo ha señalado Jean de Maillard, “el más conspicuo plusvalor económico tiene como origen la explotación de la miseria más absoluta”.<sup>4</sup> “Los mayores beneficios”, dice Maillard, “son generados por la capacidad de valorizar la pobreza a través de la transgresión social de las prohibiciones”.<sup>5</sup> Piénsese solamente en los beneficios colosales generados por el mercado clandestino y por el monopolio criminal de la droga, a través del reclutamiento masivo de pequeños traficantes y distribuidores, dentro de los grupos marginados. O bien en las asociaciones mafiosas destinadas a eludir las prohibiciones de inmigración, organizando el transporte e ingreso de inmigrantes clandestinos en las fortalezas occidentales. Pero piénsese también en el terrorismo internacional, que recluta su mano de obra sobre todo entre los grupos más pobres y fanatizados. En todos estos casos, la pequeña delincuencia es directamente promovida por las organizaciones criminales, que explotan las condiciones de miseria, necesidad y marginación social de la mano de obra que trabaja para ellas. También la criminalidad organizada presenta, como ha demostrado Vincenzo Ruggiero, una estratificación de clase, pues la pequeña criminalidad empleada es a su vez explotada por la gran criminalidad integrada en los grupos dirigentes.

La segunda forma de criminalidad del poder es la de los grandes *poderes económicos* transnacionales, que se manifiesta en diversas formas de corrupción, de apropiación de los recursos naturales y de devastación del ambiente. Es este el tipo de criminalidad que refleja el efecto más directo de la globalización. Justamente porque la globalización es un vacío de

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 11, donde se calculan las dimensiones de lavado de dinero en un volumen de negocios que va de los 800 a los 2000 billones de dólares al año. Véase otros datos en *ibidem*, p. 9.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>5</sup> *Idem* y pp. 41-46.

derecho público, y específicamente de derecho penal internacional, se manifiesta en el desarrollo de poderes des-regulados, que tienen como única regla el beneficio y la auto-acumulación. Por esta misma razón es cada vez más incierto el confín entre este segundo tipo de criminalidad y la de los poderes abiertamente criminales de tipo mafioso. También esta criminalidad se funda en la máxima explotación de la misma pobreza provocada o acentuada por la globalización. En ausencia de límites y reglas la relación entre el Estado y los mercados se invierte. No son ya los Estados los que ponen a competir a las empresas, sino las empresas las que ponen a competir a los Estados, decidiendo colocar sus inversiones en los países que, por su estado de indigencia o por la corrupción de sus *élites* dirigentes, están mayormente dispuestos a consentir impunemente devastaciones ambientales, daños a la salud de la población, explotación de los trabajadores y de los recursos naturales, ausencia de derechos y de garantías en materia laboral y ambiental.

Finalmente, la tercera forma de criminalidad del poder es la que, operando también ella organizada, se pone en acción por los *poderes públicos*. Aquí nos encontramos, por desgracia, frente a una fenomenología compleja y heterogénea. Existen sobre todo diversas formas de corrupción y de apropiación de la cosa pública, que parecen actualmente haberse convertido, como lo ha documentado ampliamente Jorge Malem, en una dimensión ordinaria de los poderes públicos.<sup>6</sup> El vínculo con la criminalidad de los poderes económicos es obviamente estrechísimo. Y existen además los delitos más específicamente públicos: en primer lugar los crímenes contra la humanidad —desde las detenciones arbitrarias hasta las torturas y las desapariciones forzadas— cometidos por fuerzas policiales, fuerzas armadas y servicios secretos desde dentro y fuera de los ordenamientos respectivos; en segundo lugar, la variada fenomenología de las subversiones desde arriba por obra de organizaciones ocultas, internas o internacionales, como las tristemente experimentadas en América Latina en los años sesenta y setenta, e intentadas también en Italia a través de asociaciones como Gladio, los servicios secretos, la P2 y similares; finalmente, las guerras y los crímenes de guerra promovidos, en abierto contraste con la Carta de la ONU y, por lo que respecta a algunos países como Italia, también en contra de sus Constituciones nacionales. Está claro que, como todos los fenómenos criminales, este tipo de criminalidad es una manifestación no solo de desviaciones sociales, sino también

<sup>6</sup> Malem Seña, J. F., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000.

de desviaciones institucionales. Es un signo de la patología del ordenamiento y, a causa de su carácter prevalentemente oculto, expresión degenerada de una crisis del Estado de derecho y de la democracia misma.

En todos los casos los elementos que hacen masivamente amenazadoras estas nuevas formas de criminalidad son su carácter organizado y el hecho de que sean practicadas, o por lo menos sostenidas y protegidas, por poderes fuertes, ocultos, a veces subversivos: no por sujetos débiles y marginados sino por sujetos potentes, en posición de dominio. Y esto apunta hacia un cambio profundo en la composición social del fenómeno delictivo. Al menos por lo que hace a la gran criminalidad, sus connotaciones de clase se han invertido. Las verdaderas “clases peligrosas” —como solía llamarse a los grupos marginados y proletarios por las leyes italianas de seguridad pública en la segunda mitad del siglo XIX—<sup>7</sup> no son ya las clases pobres, sino sobre todo las *elites* dirigentes, tanto económicas como políticas. La tradicional delincuencia de subsistencia de los marginados es cada vez más subalterna de la gran criminalidad organizada, que directa o indirectamente la alimenta o por lo menos la instrumentaliza y explota.

Hay además otra razón que convierte en gravemente peligrosa la criminalidad del poder: el hecho de que, en todas sus variadas formas, atenta contra bienes fundamentales, tanto individuales como colectivos, incluyendo la paz y la democracia. Al consistir en la desviación no ya de individuos aislados, sino de poderes desenfrenados y absolutistas, se caracteriza por una pretensión de impunidad y una capacidad de intimidación tanto mayor cuanto más potentes son las organizaciones criminales y sus vínculos con los poderes públicos. Pero es justamente esta mayor peligrosidad y relevancia política de la cuestión criminal la que vuelve más importantes que nunca las dos funciones de prevención y garantía del derecho penal ilustradas en el primer párrafo.

### III. LA NUEVA CUESTIÓN PENAL

Paso a la otra gran cuestión que he mencionado al inicio: la *cuestión penal*, que el cambio de la cuestión criminal nos debería hacer repensar radi-

<sup>7</sup> “Disposiciones relativas a las clases peligrosas de la sociedad” era el título III (artículos 82-108) de la ley número 6144 del 30 de junio de 1889 que retomaba las disposiciones análogas de la ley número 294 del 6 de julio de 1871.



calmente, tanto desde el punto de vista de la efectividad como del de las técnicas de tutela y de garantía. ¿Cómo ha reaccionado el sistema penal a la nueva carga de funciones y responsabilidad derivadas del cambio de la cuestión criminal? ¿Qué balance podemos hacer de la función penal hoy en día, en nuestros países? Me parece que el balance es decididamente negativo.

Una respuesta adecuada al cambio de la cuestión criminal debería ser una mutación de paradigma del derecho penal a la altura de los nuevos desafíos de la globalización. En otras palabras, un cambio que permitiera hacer frente a las nuevas formas de criminalidad del poder y a los peligros y atentados contra los bienes y los derechos fundamentales, que la misma produce. En esta dirección, hay que reconocerlo, el único paso adelante ha sido la creación de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad. Fuera de esa conquista, de enorme importancia, no se ha desarrollado ningún proceso, ni siquiera en forma de tendencia, de globalización del derecho o de los derechos, análogo o por lo menos a la altura de la globalización del crimen. Se ha producido, por el contrario, una acentuación de las tradicionales características irracionales y clasistas del derecho penal. Con el crecimiento de las desigualdades económicas se ha determinado un aumento de la criminalidad callejera y conjuntamente un endurecimiento de las características selectivas y anti-garantistas de la represión penal, que golpea, incluso más duramente que en el pasado, a los grupos más pobres y marginados, como los tóxicodependientes, los inmigrantes o los desempleados. Por el contrario, por ejemplo en Italia, tras la breve etapa de “Mani Pulite”, ha crecido la impunidad y a la vez la pretensión de impunidad de la criminalidad del poder, así como la corrupción y los delitos societarios (*falsi in bilancio*) y la criminalidad mafiosa de los poderes criminales.

Además ha continuado la deriva inflacionista del derecho penal, que actualmente está llevando —en Italia, pero creo que también en otros países— a la quiebra de la maquinaria judicial. Justamente en una fase de desarrollo de la criminalidad organizada, que hacía necesaria la máxima deflación penal y la concentración de las energías, la administración de justicia está colapsada por la sobrecarga de trabajo inútil, responsable al mismo tiempo de la ineficiencia y de la ausencia de garantías. Piénsese en la desconsiderada legislación sobre la droga, que se ha revelado como uno de los más potentes factores criminógenos por su alimentación tanto de la micro-criminalidad de subsistencia como de la macro-criminalidad mafiosa del tráfico. Pero piénsese también en todo el enorme derecho penal burocrático, generado por la tendencia a acompañar cada ley con

sanciones penales, en parte por la bien conocida ineficiencia de otras formas de control, de tipo político o administrativo, y en parte por el carácter simbólico y declamatorio de la estigmatización penal.

Asistimos, en todos los países de Occidente, a una crisis de sobreproducción del derecho penal, o incluso del derecho en general, que está provocando el colapso de su capacidad regulativa. Las leyes se cuentan actualmente, en todos estos países, por decenas de millares, hasta el punto que nuestros ordenamientos han regresado —a causa del caos normativo, de la multiplicación de las fuentes y de la superposición de las competencias— a la incerteza y a la arbitrariedad propias del derecho jurisprudencial pre-moderno. Y sin embargo, con aparente paradoja, a la inflación legislativa se corresponde la ausencia de reglas, de límites y de controles sobre los grandes poderes económicos transnacionales y sobre los poderes políticos que los alientan. La globalización, como he dicho, se caracteriza, en el plano jurídico, como un vacío de derecho público dentro del que tienen espacio libre formas de poder neo-absolutista cuya única regla es la ley del más fuerte.

El resultado de esta bancarrota es un *derecho penal máximo*, desarrollado fuera de cualquier diseño racional y por ello en crisis frente a todos los principios garantistas clásicos de legitimación: el principio de taxatividad de las figuras del delito y con ello de certeza del derecho penal; el principio de ofensividad y el de proporcionalidad de las penas; la obligatoriedad de la acción penal, la centralidad del contradictorio y el papel del proceso como instrumento de verificación de los hechos cometidos y no como penalización preventiva; en fin, la eficiencia de la maquinaria judicial, inundada de procesos inútiles y costosos, cuyo único efecto es ofuscar el confín entre lo lícito y lo ilícito y quitar tiempo y recursos a las investigaciones más importantes, destinadas cada vez más a esa forma de subrepticia amnistía que es la prescripción. Afortunadamente la mayor parte de este inútil derecho penal burocrático permanece inefectivo. Si por ventura todos los delitos denunciados fueran perseguidos y castigados, o si lo fueran todos los delitos cometidos, incluso los no denunciados, es probable que gran parte de la población estuviera sujeta a proceso o en reclusión, o por lo menos encargada de una u otra forma de funciones policiales y carcelarias.

Hay un segundo efecto de la inflación penal, que es no menos devastador. Me refiero al colapso del principio de legalidad y, consecuentemente, a la quiebra de la capacidad regulativa de la ley. De aquél están en crisis todas las funciones políticas que le son propias en el Estado de derecho: 1) antes que nada la *certeza del derecho*, que es garantía de la igualdad fren-

te a la ley, y la cognoscibilidad y credibilidad del sistema penal; 2) en segundo lugar la *sujeción del juez a la ley* que es garantía de inmunidad del ciudadano frente a la arbitrariedad y, conjuntamente, fundamento de la independencia de la magistratura y de la división de los poderes; 3) finalmente, la *primacía de la legislación*, y por tanto de la política y de la soberanía popular en la definición de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal y en la exacta configuración como de sus lesiones como delitos.

Es claro que una crisis como esa del derecho penal es el signo y el producto de una política penal coyuntural, incapaz de afrontar las causas estructurales de la criminalidad y dirigida únicamente a secundar, o peor aún a alimentar, los miedos y los humores represivos presentes en la sociedad.

El terreno privilegiado de esta política coyuntural y demagógica es el de la seguridad. En todos nuestros países —en Italia como en América Latina— la demanda de seguridad, alimentada por la prensa y la televisión, está acentuando las vocaciones represivas de la política criminal, orientándola únicamente a hacer frente a la criminalidad de subsistencia. El mensaje político que resulta es de signo descaradamente clasista, y está en sintonía con los intereses de la criminalidad del poder en todas sus diversas formas. Es un mensaje preciso, que sugiere la idea de que la criminalidad, la verdadera criminalidad que hay que prevenir y perseguir es únicamente la callejera y de subsistencia. No, por tanto, las infracciones “de cuello blanco” —las corrupciones, la falsedad en balance, los fraudes fiscales, el lavado de dinero, y mucho menos las guerras, los crímenes de guerra, las devastaciones del ambiente y los atentados contra la salud— sino solo los hurtos, los robos de coches y de viviendas, y el pequeño tráfico de drogas, cometidos por inmigrantes, desempleados, sujetos marginales, identificados todavía hoy como las únicas “clases peligrosas”. Es una operación que sirve para reforzar en la opinión pública el reflejo clasista y racista de la equiparación de los pobres, de los negros y de los inmigrantes con los delincuentes y a deformar el imaginario colectivo sobre la desviación y el sentido común sobre el derecho penal: que la justicia penal deje de perseguir a las “personas de bien” —este es el sentido de la operación— y se ocupe por el contrario de los únicos delitos que atentan contra su “seguridad”.

Hay además un segundo mensaje, no menos grave, que se lanza en la campaña por la seguridad. Apunta al cambio en el sentido común del significado mismo de la palabra “seguridad”. No quiere decir “seguridad social”, es decir garantía de la satisfacción de los derechos sociales, y por tanto seguridad del trabajo, de la salud, de la previsión social, de la super-

vivencia. Quiere decir únicamente “seguridad pública”, conjugada en las formas del orden público de policía en vez de las del Estado social. Y esto justamente porque la seguridad social ha sido agredida por las actuales políticas neoliberales y por ello se vuelve necesario compensar el sentimiento difuso de la inseguridad social con su movilización contra el desviado y el diferente, preferiblemente extracomunitario. Es el viejo mecanismo del chivo expiatorio, que permite descargar sobre el pequeño delincuente las inseguridades, las frustraciones y las tensiones sociales no resueltas.

Con un doble efecto regresivo. Por un lado la identificación ilusoria, en el sentido común, entre seguridad y derecho penal, como si la intervención penal pudiera producir mágicamente una reducción de los delitos callejeros que requeriría por el contrario, más que políticas penales, políticas sociales; más que políticas de exclusión, políticas de inclusión. Por otro lado, la remoción del horizonte de la política, de las políticas sociales dirigidas a remontar las causas estructurales de este tipo de desviación y de las formas de tutela alternativas al derecho penal, unas y otras ciertamente más difíciles y costosas que los experimentos de agravación de las penas.

Se sabe que los agravamientos punitivos no tienen ningún efecto disuasorio. Hay un principio teórico elemental, abonado por la experiencia, en el tema de la capacidad de prevención del derecho penal. El efecto disuasorio de las penas y de su agravamiento es directamente proporcional al grado de exigibilidad de la observancia de las normas violadas: es máximo para delitos como el homicidio, la violencia sobre las personas, la corrupción y los delitos del poder, pero nulo para la mayor parte de los delitos contra el patrimonio, sobre todo si están ligados a la toxicodependencia y a la marginación. Al ser una delincuencia originada por la pobreza, por la inseguridad en las condiciones de vida o peor aún por la necesidad de la droga, la delincuencia callejera no es seriamente prevenible con las penas, que aunque sean severas tienen un valor poco más que simbólico. Obviamente la respuesta penal es necesaria, al menos para evitar las venganzas privadas. Pero es ilusorio confiarles la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual, en vez de hacerlo a políticas sociales dirigidas a reducir las causas de la desviación. Al contrario, justamente su total ineficacia tiene el único efecto de acrecentar el malestar y la desconfianza en el derecho y en las instituciones.

#### IV. EL FUTURO DEL DERECHO PENAL. UN PROGRAMA DE DERECHO PENAL MÍNIMO

Frente a esta crisis regresiva del derecho penal es hoy necesaria y urgente una batalla política y cultural en torno a un programa de derecho penal garantista. Un programa de ese tipo, que he llamado de *derecho penal mínimo*, debería intentar restituir al derecho penal su naturaleza de instrumento costoso, como *extrema ratio*, y por otro lado su papel de ley del más débil dirigida a la minimización de la violencia y a la tutela de bienes fundamentales. En esta prospectiva me parece que se pueden formular, sumariamente, tres órdenes de indicaciones.

1. El primero se refiere a la necesidad de desarrollar, en la perspectiva de la dimensión hoy en día planetaria del “interés general”, una esfera pública mundial y por tanto un derecho penal a la altura de los nuevos fenómenos criminales que debe hacer frente. Precisamente, a la altura de la variada “criminalidad del poder” a la que la *deregulation*, es decir el vacío de derecho en que consiste la globalización, asegura la máxima impunidad. En esta línea, la principal indicación es la defensa, la concreta implementación y el reforzamiento de los medios y de las competencias de esa gran conquista histórica que ha sido la creación de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, que todavía no ha entrado seriamente en funciones y que ya ha sido dura y fuertemente cuestionada e incluso sabotada. Las competencias de la Corte, además, deberían ampliarse a muchos otros crímenes, que comparten su carácter transnacional: como el terrorismo internacional, el narcotráfico y el tráfico ilícito de armas, las organizaciones mafiosas multinacionales, los delitos que afectan el ambiente o la salud, los golpes de Estado y las tentativas golpistas, y otros del género; siempre, naturalmente, que estos delitos no sean perseguidos en el territorio en que son cometidos.

2. El segundo orden de indicaciones se refiere al derecho penal sustantivo, y precisamente a su racionalización según el modelo del derecho penal mínimo. Es evidente el nexo indisoluble entre derecho penal mínimo, garantismo y eficiencia. Solo un derecho penal desburocratizado, limitado como *extrema ratio* únicamente a las ofensas a los derechos y a los bienes más fundamentales, puede de hecho asegurar el respeto de todas las garantías y a la vez el funcionamiento y la credibilidad de la maquinaria judicial.

No me detendré sobre las muchas propuestas en que se articula el programa del derecho penal mínimo: la introducción y la actuación del principio de ofensividad tanto en abstracto como en concreto, a través de la configuración de la ofensa de daño o de peligro como elemento constitutivo del delito; la extensión de la querrela de parte a todos los delitos contra el patrimonio; la despenalización de todas las contravenciones y de todos los delitos castigados con simples penas pecuniarias, por su escasa lesividad; la reducción de los máximos de las penas de arresto y la introducción de penas alternativas a la reclusión; la restauración, en fin, del modelo acusatorio y de las reglas del debido proceso.<sup>8</sup>

Hay sin embargo dos reformas que quiero señalar aquí porque son esenciales para reducir la ineffectividad y para aumentar la racionalidad del derecho penal. El primer orden de reformas se refiere al mercado de los que podemos denominar “bienes ilícitos”. Me refiero, en particular, a dos tipos de tráfico. Antes que nada, a la lógica prohibicionista en materia de drogas. Esta lógica, a causa de la incapacidad de los Estados para garantizar la observancia de las prohibiciones, tiene como único efecto dejar el monopolio del mercado de la droga a las organizaciones criminales e incrementar enormemente sus beneficios. La legislación prohibicionista en materia de droga es por ello típicamente criminógena: representa el principal alimento de la gran criminalidad mafiosa del narcotráfico y de la pequeña criminalidad dependiente de la pequeña distribución. El único modo de modificar de raíz este terreno de cultura de la criminalidad es la legalización y por tanto la liberalización controlada de las drogas.

Un discurso opuesto merece el comercio de las armas. Las armas están destinadas por su propia naturaleza a matar. Y su disponibilidad es la causa principal de la criminalidad común y de las guerras. No se entiende por qué no deba ser prohibido como ilícito cualquier tipo de tráfico o de posesión. Es claro que el modo mejor de impedir el tráfico y la posesión es prohibiendo su producción: no solo, por tanto, el desarme nuclear, sino la prohibición de todas las armas, excluidas las necesarias para la dotación de las policías, a fin de mantener el monopolio jurídico del uso de la fuerza. Puede parecer una propuesta utópica, pero es tal solo para quienes consideran intocables los intereses de los grandes *lobbies* de los fabricantes y de los comerciantes de armas y las políticas belicistas de las potencias grandes y pequeñas.

<sup>8</sup> Remito a mi trabajo “Crisi della legalità e diritto penale minimo”, en Curi, U. y Palombarini, G. (edit.), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, pp. 9-21.

Hay además otra reforma, a mi parecer urgente y previa a todas las demás, de la que quiero hablar aunque sea sumariamente: el reforzamiento del principio de legalidad mediante la sustitución de la simple reserva de ley por una *reserva de código*; entendiendo con esta expresión el principio, que debe consagrarse a nivel constitucional, según el cual no podría introducirse ninguna norma en materia de delitos, penas o procedimientos penales si no es a través de una modificación de los códigos correspondientes aprobada por medio de procedimientos agravados. No se trataría de una simple reforma de los códigos. Se trataría más bien de una recodificación del entero derecho penal sobre la base de una meta-garantía contra el abuso de la legislación especial y excepcional. La racionalidad de la ley, contrapuesta por Hobbes a la “*juris prudentia* o sabiduría de los jueces” propia del viejo derecho común,<sup>9</sup> ha sido de hecho disuelta en una legislación caótica e incoherente, cuyo efecto es exactamente el de reproducir, a través del crecimiento de la discrecionalidad en la práctica jurídica, un derecho de formación prevalentemente jurisprudencial, según el antiguo modelo del derecho premoderno. Frente a esta regresión es necesaria una refundación de la legalidad penal a través de esta meta-garantía, idónea para poner fin al caos existente y para poner al código penal y al de procedimientos a salvo del arbitrio y de la volubilidad de nuestros legisladores. El código penal y el de procedimientos se convertirían en textos exhaustivos y conjuntamente exclusivos de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad el legislador debería hacerse cargo. Se acrecentaría su capacidad regulativa, tanto frente a los ciudadanos como frente a los jueces. La drástica despenalización así generada —a comenzar por ese derecho penal burocrático representado por las faltas o contravenciones y, en general, las infracciones sancionadas con simples penas pecuniarias— sería largamente compensada por el aumento de la certeza, de la efectividad y de la tasa de garantismo del conjunto.

Solamente la refundación de la legalidad inducida por la recodificación integral del derecho penal —acompañada de la restauración de todos los principios garantistas, comenzando por los de taxatividad de las figuras del delito y por el de lesividad de bienes y derechos fundamentales— puede por otra parte restaurar una correcta relación entre legisla-

<sup>9</sup> “No es por tanto esa *juris prudentia* o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón de este nuestro hombre artificial, el Estado y su mandato, el que dicta la ley”, Hobbes, T., *El Leviatano* (1651), trad. italiana de R. Santi, Milán, Bompiani, 2001, XXVI, p. 439 (hay traducción al castellano de Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1940).

ción y jurisdicción sobre la base de una rígida *actio finium regundorum*. Con aparente paradoja, de hecho, en tanto que la legislación, y por ello la política, pueden asegurar la división de poderes y la sujeción del juez a la ley, realizando así la prerrogativa constitucional de reserva absoluta de ley, siempre que el legislador sepa hacer su trabajo, que es el de producir leyes respetuosas de las garantías, primera entre todas la de estricta legalidad, idóneas para limitar y vincular a los tribunales. En pocas palabras, en tanto la ley puede ser efectivamente condicionante siempre que esté jurídicamente condicionada. El hecho de que ésta sea la vieja receta ilustrada no le quita ningún valor. Que todo esto fuera válido hace dos siglos, cuando la codificación hizo posible el paso del arbitrio de los jueces propio del viejo derecho jurisprudencial al Estado de derecho, no lo vuelve menos válido hoy en día, cuando la inflación legislativa ha hecho prácticamente regresar el sistema penal a la incerteza del derecho premoderno.

3. El tercer orden de indicaciones se refiere al proceso y al ejercicio de la acción penal. El derecho penal ha estado siempre viciado, en contraste con su modelo ideal, por un grado más o menos alto de discriminación y de selectividad estructural, que le ha llevado constantemente a reprimir antes que nada la criminalidad callejera de las personas más pobres. Basta observar los altos porcentajes de negros en los Estados Unidos y, en Europa, de inmigrantes, entre los condenados y los detenidos. Esta selectividad es el fruto, más que de una elección consciente, de la presión de los *media* y expresa también un reflejo burocrático de los aparatos policiales y judiciales: los delitos cometidos por estas personas, normalmente privadas de defensa, son más fácilmente perseguibles que los cometidos por personas pudientes.

Creo que la toma de conciencia de esta sistemática discriminación debería, por un lado, orientar la política criminal, que, por el contrario, parece preocupada solo por apoyar y alimentar con inútiles agravamientos de las penas la alarma hacia los delitos de los pobres. Y debería, por otra parte, entrar a formar parte de la deontología profesional de los jueces que han de garantizar la igualdad y los derechos fundamentales de todos, actuando en estos delitos con una mayor indulgencia equitativa para compensar la objetiva desigualdad y selectividad de la administración de justicia. Solo de esta forma la jurisdicción se abriría a los valores constitucionales de la igualdad y la dignidad de la persona, superando el tradicional formalismo y el pretendido tecnicismo que sirven en realidad para cubrir el reflejo burocrático e irresponsabilizador que es propio de todos los aparatos de poder.



Naturalmente, a corto plazo no cabe hacerse ilusiones sobre las perspectivas de una reforma del sistema penal a la altura de los nuevos desafíos, y ni siquiera sobre las políticas criminales racionales alternativas a las políticas demagógicas que actualmente prevalecen. Sin embargo, frente a la crisis de la razón jurídica, no podemos permitirnos ni siquiera un pesimismo resignado. Es verdad que en el estado actual, a causa de la sordidez de la política y de la cultura jurídica, una refundación racional del derecho penal parece sumamente improbable. Pero improbable no quiere decir imposible. A menos que se quiera ocultar las responsabilidades de (nuestra) política y de (nuestra) cultura jurídica, no hay que confundir, inercia y realismo, descalificando como “irreal” o “utópico” lo que simplemente no queremos o no sabemos hacer. Al contrario, hay que admitir que de la crisis actual somos todos —legisladores, jueces y juristas— responsables; que el pesimismo “realista” y el desencanto resignado y “post-moderno”, del que en estos años ha hecho gala una parte de la cultura penalista, corresponden a peticiones de principio que se auto-verifican; que, sobre todo, de la superación de la falta de proyecto que aflige tanto a la política como a la cultura jurídica depende el futuro no solo del derecho penal, sino también del Estado de derecho y de la democracia misma.



## JORGE CARPIZO: INSPIRADOR DE LA CREACIÓN DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Mauricio FARAH GEBARA

### I. INTRODUCCIÓN

Jorge Carpizo es, sin lugar a dudas, uno de los personajes más notables de la vida política y jurídica del México de los últimos años. Su legado puede apreciarse en diferentes campos de la vida nacional: el político, el jurídico, el académico e incluso el diplomático. Su amplia trayectoria profesional da cuenta de que fue un jurista innovador, dotado de una gran versatilidad y una marcada vocación por el servicio público. En este ensayo no me ocuparé de explicar los logros que alcanzó cuando se desempeñó como procurador general de la República, embajador en Francia, rector de la UNAM o ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Me parece que existen otras voces más autorizadas que la mía para llevar a cabo esa tarea. Más bien, en este trabajo exploro la influencia del doctor Carpizo en la construcción de dos instituciones públicas que, con el paso del tiempo, se han convertido en todo un referente de la escena pública en México. Me refiero a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH)<sup>1</sup> y al Instituto Federal Electoral (IFE).

Dada la centralidad que hoy día tienen tanto la CNDH como el IFE en nuestra vida política, vale la pena revisar el legado que el doctor Carpizo dejó en ambas instituciones durante el tiempo en que las dirigió. Estas instituciones son importantes en nuestro país no solo por la gran legitimidad y el marcado respaldo social con el que cuentan, sino también porque fueron las precursoras de un modelo institucional que, hoy por hoy, se ha convertido en un sello distintivo del constitucionalismo mexicano: los órganos constitucionales autónomos.

<sup>1</sup> La denominación original fue Comisión Nacional de Derechos Humanos. El nombre actual, esto es, Comisión Nacional de *los* Derechos Humanos es consecuencia de la reforma constitucional de 1999.

## II. LOS AÑOS EN LA CNDH (1990-1992)

Es indudable que los derechos humanos son un eje fundamental de cualquier Estado de derecho. Su vigencia garantiza una vida digna para los integrantes de la sociedad. De ahí que su protección represente una exigencia hecha al Estado de proveer y mantener las condiciones necesarias a fin de que las personas puedan gozarlos. La naturaleza casi universal de la figura del *ombudsman*, apareció en nuestro país hasta el último cuarto del siglo XX. Esto no significa que los derechos humanos dejaran de ser reconocidos en los ordenamientos legales mexicanos. De hecho, justo hace 200 años, en *Los Sentimientos de la Nación*, redactados en 1813 por José María Morelos, se establecieron la abolición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Asimismo, en las Constituciones de 1824, 1857 y 1917, quedaron plasmados principios fundamentales: la seguridad jurídica, la libertad, los derechos económicos y sociales; sustentado sobre la base de la igualdad de todos los mexicanos ante la ley.

Vale la pena recuperar algunos antecedentes de instituciones defensoras de los derechos humanos tanto a nivel local como federal. La más remota es la Procuraduría de los Pobres de San Luis Potosí cuya existencia fue aprobada en 1847 por el congreso de esa entidad federativa a propuesta del diputado Ponciano Arriaga. De manera más reciente tenemos la creación en 1979 de una Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos en Nuevo León, así como la Procuraduría de Vecinos de la ciudad de Colima en 1984. Al año siguiente, el Consejo Universitario de la UNAM estableció la Defensoría de los Derechos Universitarios, en 1988 se creó la Procuraduría de Protección Ciudadana del estado de Aguascalientes y en 1989 la Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal.

En el ámbito federal, fue en los primeros meses de 1989 cuando se dio el primer paso a fin de crear una institución que tutelara la vigencia de los derechos humanos. Es preciso tener en mente que los últimos años de la década de 1980 se caracterizaron por un grave aumento en el número de violaciones a los derechos humanos, particularmente las relacionadas con la procuración de justicia y las labores policíacas.<sup>2</sup> La

<sup>2</sup> Carpizo, Jorge, “La reforma constitucional de 1999 a los organismos protectores de los derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 3, julio-diciembre 2000, p. 28.

administración de Carlos Salinas (1988-1994) intentó hacer frente a esta situación. De ahí que en febrero de 1989 se creara la Dirección General de Derechos Humanos, dependiente de la Secretaría de Gobernación (Segob), a esta oficina se le atribuyeron, entre otras funciones, las de recibir y atender las quejas sobre violaciones de derechos humanos que presentaran particulares e instituciones privadas, además de tener como facultad la de proponer al titular de la Segob las acciones necesarias para su inmediata resolución, así como formular las iniciativas, programas, acciones y mecanismos que contribuyeran a la planeación de la política de derechos humanos a nivel nacional.<sup>3</sup>

Aunque la creación de una oficina al interior del gobierno federal fue un buen principio, la gravedad de la situación ameritaba medidas más contundentes, sobre todo si se considera que, durante esos años, tuvieron lugar varios casos que indignaron a la opinión pública, particularmente el asesinato de la abogada Norma Corona, luchadora de los derechos humanos de Sinaloa. Así, por decreto presidencial del 5 de junio de 1990,<sup>4</sup> apareció por vez primera en la legislación federal la figura del *ombudsman*, al fundarse la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH).

Creada originalmente como órgano desconcentrado dependiente de la Segob, a la CNDH se le atribuyeron las facultades de promover y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos. A fin de que la primera experiencia de un *ombudsman* nacional tuviera posibilidades de éxito, era fundamental que la institución estuviera encabezada por alguien que contara con el respeto en todos los ámbitos. De acuerdo a Carlos Salinas: “Invité a que presidiera la CNDH a Jorge Carpizo... Su prestigio nacional e internacional de hombre comprometido con la verdad y el derecho lo convertía en una clara promesa de seriedad y eficacia”.<sup>5</sup>

En su discurso de toma de posesión como el primer *ombudsman*, Jorge Carpizo señaló que la defensa de los derechos humanos en nuestro país iba en serio. La sociedad mexicana comenzó a constatar los resultados. En el primer semestre de vida, 397 quejas fueron concluidas y 33 recomendaciones expedidas. En relación con estas últimas, entre las más importantes fueron las dirigidas a la Procuraduría General de la República (PGR) respecto a los casos de la familia Quijano Santoyo, Rubén

<sup>3</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 13 de febrero de 1989.

<sup>4</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 6 de junio de 1990.

<sup>5</sup> Salinas de Gortari, Carlos, *México. Un paso difícil a la modernidad*, México, Plaza y Janés, 2000, p. 330.

Oropeza Hurtado y el de la población de Aguililla en Michoacán.<sup>6</sup> De manera paralela, fueron creados diversos programas especiales de investigación como el de agravio a periodistas y defensores civiles de derechos humanos; de presuntos desaparecidos; contra la tortura y de supervisión al sistema penitenciario.

A lo largo de su segundo semestre de vida, la CNDH liderada por Jorge Carpizo siguió dando resultados. Fueron concluidas 670 quejas y se emitieron 51 recomendaciones, entre las que destacan cuatro relativas a diversos grupos indígenas y seis relacionadas con homicidios de periodistas.<sup>7</sup> A lo largo de esos meses, fueron establecidos los programas especiales relativos a asuntos indígenas, de beneficios anticipados de libertad a sentenciados, de defensa de la niñez, sobre el libro de texto gratuito y de capacitación. En tan solo un año, la CNDH ganó la confianza de la sociedad que comenzó a hacerla suya.<sup>8</sup> Bajo la batuta de Jorge Carpizo, las investigaciones se llevaron a cabo con profundidad y seriedad, mientras que las recomendaciones destacaban por su ordenada estructuración y estricta fundamentación legal.

Las atribuciones de la CNDH respecto al fomento de la cultura de los derechos humanos fueron ejercidas a cabalidad. Se estableció un ambicioso programa de publicaciones (algunas eran cartillas redactadas en términos muy sencillos que enumeraban los derechos de los distintos grupos vulnerables). Se organizaron congresos, conferencias, foros y simposios en todo el territorio nacional. En los programas difundidos por los medios masivos de comunicación se multiplicaron las intervenciones de los funcionarios de la CNDH, con el doctor Carpizo a la cabeza. También se editaron diversos videos en torno a los derechos propios de los individuos, cuya difusión permitió aumentar la capacitación entre los servidores públicos más directamente relacionados con su respeto.<sup>9</sup> Durante los siguientes seis meses, el número de quejas concluidas ascendió a 1992, mientras que el de recomendaciones se ubicó en 75.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Primer Informe Semestral*, México, junio-diciembre de 1990, pp. 17-23.

<sup>7</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Segundo Informe Semestral*, México, diciembre de 1990-junio de 1991, pp. 28-40.

<sup>8</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 29.

<sup>9</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Cuarto Informe Semestral*, México, diciembre de 1991-junio de 1992, pp. 191-198.

<sup>10</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Tercer Informe Semestral*, México, junio-diciembre de 1991, pp. 16-20.

Con poco más de un año de vida, los integrantes del Consejo de la CNDH<sup>11</sup> estimaron que era necesario hacer una revisión del marco jurídico que regulaba su funcionamiento. En consecuencia, giraron instrucciones para que su presidente, Jorge Carpizo, elaborara un proyecto de ley orgánica. El documento en cuestión fue discutido por los consejeros quienes lo aprobaron de manera unánime. Se presentó ante el presidente de la República quien no solo lo aceptó públicamente, sino que también propuso que se considerara la idea de incluir la figura del *ombudsman* en el texto constitucional, ofrecimiento aceptado por los consejeros y el presidente de la CNDH.<sup>12</sup>

De conformidad con lo anterior, el 19 de noviembre de 1991 el presidente de la República presentó ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión una iniciativa para regular en el texto constitucional la existencia de la CNDH, creando para ello un sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos en todo el territorio nacional. El principal objetivo fue estatuir al máximo nivel normativo la existencia y funcionamiento de instituciones que, en los diversos ámbitos de gobierno, coadyuvaran a materializar uno de los propósitos fundamentales del Estado: promover y preservar los derechos humanos, así como garantizar su pleno ejercicio. La propuesta señalaba la necesidad de construir una nueva relación con la sociedad por la vía del derecho, único medio que da permanencia efectiva a la transformación, fomenta la dignidad y libertad de los individuos y da sustento a la promoción de la justicia.

Aun cuando la CNDH había trabajado por un poco menos de dos años, la iniciativa valoraba no solo que había alcanzado resultados importantes, sino también que la experiencia adquirida durante ese lapso permitía dar otro paso más hacia su mejora. De ahí que planteara que el artículo 102 de la Constitución se dividiera en dos apartados: el “A” que recogía el texto que contemplaba la organización y atribuciones del Ministerio Público de la Federación, y el “B” para establecer la creación de organismos protectores de derechos humanos. Se trataba de crear un organismo federal cuya estructura se regularía a partir de una ley expedida por el Congreso de la Unión, y organismos equivalentes a nivel local, creados por las legislaturas de las entidades federativas. Además

<sup>11</sup> El Consejo fundador quedó integrado por Héctor Aguilar Camín, Guillermo Bonfil Batalla, Carlos Escandón Domínguez, Carlos Fuentes Macías, Javier Gil Castañeda, Óscar González Cesar, Carlos Payán Verver, Salvador Valencia y Rodolfo Stavenhagen.

<sup>12</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 30.

de precisar que la competencia de estos organismos excluía las materias electoral, laboral y jurisdiccional, la iniciativa presidencial proponía que el organismo creado por el Congreso de la Unión conocería de las inconformidades presentadas en contra de las resoluciones emitidas por los 32 organismos de las entidades federativas.

La reforma al artículo 102 de la Constitución fue aprobada en la Cámara de Diputados el 13 de diciembre de 1991 por 299 votos a favor, 55 a favor con reserva y tres en contra. La Cámara de Senadores hizo lo propio el 19 de diciembre de 1991 de manera unánime, enviándose a las legislaturas de las entidades federativas. Una vez computados los votos favorables de los congresos locales, el decreto fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992. El 22 de abril de 1992, a menos de tres meses del inicio de vigencia de la reforma al artículo 102 constitucional, el presidente de la República envió al Senado una iniciativa de Ley Orgánica de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, basada fundamentalmente en el proyecto elaborado por Jorge Carpizo a instancias del Consejo de la CNDH. En su artículo 2o. se establecía que la Comisión Nacional sería un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo objetivo esencial era la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el orden jurídico mexicano. La cámara alta aprobó la iniciativa el 11 de junio de 1992 por 49 votos. El 23 de junio de 1992 la Cámara de Diputados emitió su aprobación por 362 votos a favor y 25 en contra. Así, el 29 de junio de 1992 la Ley Orgánica de la Comisión Nacional de Derechos Humanos fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, iniciando su vigencia al día siguiente. La transformación de la naturaleza de la CNDH, de órgano desconcentrado adscrito a la Segob a organismo descentralizado de la administración pública federal, concluyó el primer capítulo de la historia de la CNDH.<sup>13</sup>

Tocó también al doctor Carpizo ser el primer presidente de la CNDH como organismo descentralizado, labor que siguió cumpliendo con resultados extraordinarios hasta fines de 1992. Su desempeño en la oficina del *ombudsman* nacional le permitió conocer de primera mano el mapa de las violaciones a los derechos humanos: cuáles eran, quiénes las cometían, qué autoridades eran reincidentes, etcétera. Su combate valiente y comprometido contra los abusos del poder público hizo que el presidente de la República lo invitara a asumir la titularidad de la PGR a principios de enero de 1993, cargo que desempeñó con enorme honestidad.

<sup>13</sup> *Loc. cit.*



Aun cuando la reforma constitucional que haría de la CNDH un órgano constitucional autónomo data de 1999,<sup>14</sup> es indudable que la misma pudo concretarse en buena parte gracias a la labor pionera que hizo el doctor Carpizo como *ombudsman* fundador.

### III. UN AÑO EN EL IFE (1994)

En el imaginario político mexicano el 1o. de enero de 1994 será recordado como un parteaguas en la historia nacional. Ello, no solo porque ese día entró en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte signado por los gobiernos de Canadá, Estados Unidos y México, sino también porque en la región de Los Altos de Chiapas apareció un grupo guerrillero que declaró la guerra al gobierno de la República: el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN).

El levantamiento en Chiapas ponía en duda la validez de las instituciones establecidas para resolver las diferencias ideológicas y políticas. Hay que tener en mente que el 21 de agosto de ese año estaba prevista la celebración de las elecciones federales para presidente de la República, así como para diputados y senadores del Congreso de la Unión. De manera evidente, la vía armada supuso negar la validez del camino legal y pacífico representado por las elecciones. Ante el peligro de una fractura irreparable entre los mexicanos, el régimen político tuvo que reaccionar. La emergencia se reflejó en los ajustes en el gabinete presidencial. El 10 de enero de 1994, el presidente Carlos Salinas nombró como secretario de gobernación a Jorge Carpizo quien hasta ese momento venía desempeñándose como titular de la PGR.

El nombramiento de Jorge Carpizo al frente de la política interior en el último año de la administración llevaba un mensaje claro: al no ser miembro de ningún partido, el proceso electoral del tercer domingo de agosto sería liderado de manera imparcial y transparente. El marco regulatorio vigente aplicable a los procesos electorales en el ámbito federal (resultado de una reforma constitucional en 1990), era el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) y el organismo encargado de organizar dichos procesos era el Instituto Federal Electoral (IFE).<sup>15</sup>

<sup>14</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 13 de septiembre de 1999.

<sup>15</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 6 de abril de 1990.

De conformidad con la legislación vigente, el órgano máximo de dirección del IFE, el Consejo General, estaba integrado por un presidente (cargo desempeñado por el secretario de gobernación), seis consejeros magistrados (propuestos por el presidente de la República, sin filiación partidista y aprobados por dos terceras partes de los diputados federales), un director general, un secretario general, dos diputados y dos senadores (representantes de los dos grupos parlamentarios más numerosos en cada cámara del Congreso de la Unión), así como un número variable de representantes partidistas fijado dependiendo del número de votos obtenidos en la última elección. Así, la integración del Consejo General del IFE permitía que el Partido Revolucionario Institucional (PRI), tuviera una cómoda mayoría.

Ahora bien, desde que se hizo cargo de la Segob, el doctor Carpizo inició un proceso de diálogo con los dirigentes de los tres partidos con mayor fuerza electoral: el PRI, el Partido Acción Nacional (PAN) y el Partido de la Revolución Democrática (PRD). El resultado de estas pláticas, se conoció en ese entonces como las “Conversaciones de Barcelona” ya que en la calle de ese nombre en la colonia Juárez se encontraba la oficina privada del responsable de la política interna.

Las “Conversaciones de Barcelona” dieron frutos desde sus inicios. Se trataba de coordinar el diálogo entre las principales fuerzas políticas del país, como dique de contención a las pretensiones del EZLN que buscaba romper el orden constitucional. Gracias a la mediación de Jorge Carpizo, el 27 de enero los líderes del PRI, PAN y PRD, Fernando Ortiz Arana, Carlos Castillo Peraza y Porfirio Muñoz Ledo, así como los respectivos candidatos presidenciales, Luis Donaldo Colosio, Diego Fernández de Ceballos y Cuauhtémoc Cárdenas, suscribieron el denominado Acuerdo Nacional para la Paz, la Justicia y la Democracia, cuyo principales compromisos fueron:

- 1) Garantizar la imparcialidad de las autoridades electorales, para lo cual se acordó elegir o ratificar a ciudadanos aptos, imparciales y honestos en todos los niveles del IFE por medio de la consulta y el consenso de las fuerzas políticas.
- 2) Lograr la plena confiabilidad del padrón electoral, las credenciales y las listas nominales de electores, mediante el acceso permanente a las bases de datos e imágenes del Registro Nacional de Electores y la auditoría externa del padrón
- 3) Garantías de equidad en los medios de comunicación masiva, de tal manera que se pudiera contrarrestar la tradicional marginación de

los partidos opositores de los medios electrónicos y la igualmente tradicional parcialidad de esos medios con respecto al partido gubernamental.

- 4) Impedir el uso de los recursos y programas públicos en favor de cualquier partido político o campaña electoral.
- 5) Explorar ante la PGR la posibilidad de nombrar un fiscal especial para delitos electorales.
- 6) Si el cumplimiento de los puntos anteriores lo hiciera necesario, se haría lo posible para convocar a un periodo extraordinario de sesiones del Congreso de la Unión con la finalidad de procesar las modificaciones legales correspondientes.

Entre los días 14 y 17 de marzo se dieron a conocer los acuerdos básicos para la convocatoria al periodo extraordinario: por una parte, la modificación al artículo 41 constitucional y varios artículos del Cofipe para transformar a los consejeros magistrados en consejeros ciudadanos, modificando con ello sus requisitos y el mecanismo para nombrarlos, y quitar el derecho a voto a los partidos políticos en los consejos del IFE, y, por otra parte, la reforma al Código Penal para tipificar con más detalle los delitos electorales y endurecer las sanciones a quienes los cometieran. La Comisión Permanente del Congreso de la Unión convocó al periodo extraordinario que inició el 22 de marzo.

Es importante tener en mente que el diálogo coordinado por Jorge Carpizo se dio en una coyuntura política particularmente difícil, no solo por el levantamiento armado en Los Altos de Chiapas, sino también por el asesinato en Tijuana del candidato presidencial del PRI, Luis Donaldo Colosio el 23 de marzo. Gracias a la mediación del doctor Carpizo, se construyó el consenso que devino en cambios democráticos de gran calado. Aun cuando el PRI contaba con mayoría suficiente en ambas cámaras del Congreso de la Unión para votar unilateralmente las reformas, se mantuvo un intenso proceso de diálogo. Gracias a él, no se impuso la mayoría unipartidista. En contra de quienes optaron por la vía armada para cambiar la sociedad mexicana, las reformas electorales de 1994 confirmaron al Congreso como la vía para resolver las diferencias políticas y construir consensos intrapartidistas. El sistema de partidos políticos mostró su utilidad al confirmar a estos organismos como los principales protagonistas de la negociación en torno a los puntos fundamentales de la agenda política nacional.

Una vez que la reforma constitucional entró en vigor, quedó establecido que las elecciones se llevarían a cabo por medio del IFE como órgano

público y autónomo. Se determinó que los responsables de la organización electoral, los consejeros electorales, serían ciudadanos elegidos por dos terceras partes de miembros de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, sin intervención presidencial.<sup>16</sup> Así, el Consejo General del IFE quedó integrado por el secretario de gobernación, Jorge Carpizo, como su presidente, así como seis consejeros ciudadanos,<sup>17</sup> cuatro consejeros del Poder Legislativo y representantes de los partidos políticos con registro, con voz pero sin voto. Con esta composición, los consejeros ciudadanos contaban con seis de los once votos posibles, de modo que el PRI perdió la mayoría que tenía en el Consejo General previo a la reforma, aumentando con ello la influencia de los consejeros ciudadanos en el proceso de toma de decisiones. En la práctica, el PRI perdió la capacidad de revertir los resultados electorales que le fueran inconvenientes.

La magnitud del cambio no debe subestimarse. Durante la mayor parte del siglo XX, los procesos electorales habían sido dirigidos desde un organismo oficial; más aun, el PRI había gozado de una mayoría en esas instancias, lo que le había permitido imponer sus decisiones, consolidando un beneficio electoral indebido. La reforma dejó atrás más de 50 años de control del partido oficial sobre los comicios. La ciudadanización del IFE dio por terminado un monopolio partidista que se revelaba como el mayor obstáculo a la transparencia electoral.

El papel desempeñado por Jorge Carpizo en la ciudadanización del IFE merece ser subrayado. Mientras las “Conversaciones de Barcelona”, se llevaban a cabo, el presidente de la República, para dotar de mayor certeza al proceso comicial de agosto, propuso que la Secretaría de Gobernación dejara de participar completamente en el Consejo General del IFE. Aun cuando la oferta de una ciudadanización total del IFE fue aceptada por los representantes del PRI, PAN y PRD, ellos mismos solicitaron que se pusiera en práctica con posterioridad ya que “... durante la elección de 1994 requerimos que participe el secretario de Gobernación, pues nadie objeta la personalidad del secretario”.<sup>18</sup>

La ciudadanización del Consejo General del IFE fue un paso extraordinario para transparentar y dar certeza a los comicios del 21 de agosto, pero esa medida estuvo acompañada de otras que convergían en el mis-

<sup>16</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 19 de abril de 1994.

<sup>17</sup> Los nombramientos de los Consejeros Ciudadanos recayeron en Santiago Creel Miranda, Miguel Ángel Granados Chapa, José Agustín Ortiz Pinchetti, Ricardo Pozas Horcasitas, José Woldenberg Karakowsky y Fernando Zertuche Muñoz.

<sup>18</sup> Salinas de Gortari, Carlos, *op. cit.*, p. 1051.

mo objetivo. La intervención y control de los ciudadanos en las casillas aumentó. Se estableció la doble insaculación de quienes serían funcionarios de casilla el día de la elección, impidiendo que fueran personas seleccionadas por el PRI para controlar la jornada electoral. El Cofipe se ajustó de modo que incluyera por vez primera las encuestas de salida y los conteos rápidos. Se estableció en el IFE un sistema de información para disponer de manera rápida resultados preliminares (el PREP).<sup>19</sup>

Por otra parte, si bien es cierto que la ley regulaba desde 1993 la participación de observadores nacionales, lo hacía de manera restringida y sin permitir la presencia de observadores extranjeros. En 1994 se acordó ajustar la norma de modo que en los actos de preparación y desarrollo del proceso electoral, así como en la jornada comicial de agosto participaron un poco más de 80 000 observadores mexicanos y 777 extranjeros cuya presencia avalaría la credibilidad y transparencia de la elección. Asimismo, el padrón electoral, tradicional fuente de sospechas entre los partidos políticos participantes, fue sometido a ocho auditorías por empresas independientes que garantizaron la confiabilidad del padrón en un 97%, muy por encima del 50% de la elección de 1988. Esto significó que, por vez primera en comicios federales, los datos proporcionados por el ciudadano, los asentados en la credencial para votar, los contenidos en los sistemas informáticos y los verificados en los domicilios coincidían casi en su totalidad.

Bajo la guía de Jorge Carpizo en su doble papel de titular de la Segob y presidente del Consejo General del IFE, las reformas legales estuvieron acompañadas de decisiones contundentes orientadas a consolidar la transparencia del proceso electoral. Se removieron funcionarios electorales impugnados por los partidos de oposición. La base de datos y fotografías del Registro Nacional de Electores fue abierta a los partidos políticos a fin de que pudieran constatar su consistencia. Las listas nominales de electores fueron entregadas cada mes a los partidos. Se estableció una Fiscalía Especial en la PGR para que investigara las denuncias electorales. Las boletas en donde se marcarían los votos fueron foliadas a fin de evitar su manipulación. Se utilizó una tinta indeleble certificada por el Instituto Politécnico Nacional. Se diseñaron las casillas electorales de modo que nadie pudiera ver al ciudadano en el momento de emitir su voto.

Por primera vez en la historia política del país, el 12 de mayo se llevó a cabo un debate, transmitido por la televisión, entre los candidatos a la

<sup>19</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 25 de abril de 1994.

Presidencia de la República. Siguiendo el espíritu que animó las “Conversaciones de Barcelona”, el formato se diseñó sin favorecer a ninguno de los participantes. Los candidatos pudieron expresar opiniones y críticas con toda libertad. Las evaluaciones realizadas al término de la discusión favorecieron a Diego Fernández de Cevallos del PAN, seguido de Ernesto Zedillo del PRI y Cuauhtémoc Cárdenas del PRD en tercer lugar. El debate fue seguido por 40 millones de telespectadores, convirtiéndose en el programa más visto en la historia de la televisión mexicana.

Aunado a lo anterior, se incrementó la cobertura de los medios electrónicos de comunicación dedicada a todos los partidos políticos. El IFE realizó monitoreos periódicos para determinar la distribución del espacio entre todos los partidos y conocer la cobertura dada en los programas informativos. Con estos datos se presionó a las cadenas televisivas y de radio para que hubiera equilibrio. Igualmente, el IFE acordó con la Cámara Nacional de la Industria de Radio y Televisión (CIRT) la difusión diaria de 116 mensajes radiofónicos, adicionales a los que correspondían a cada partido en los tiempos oficiales. Así, los cierres de campaña de los candidatos presidenciales del PRI, PAN y PRD fueron transmitidos en vivo y en directo.

La comparación entre las elecciones federales de 1988 y 1994 refleja un enorme contraste. La participación del electorado el 21 de agosto de 1994 fue de 78% (casi 30% mayor), transcurriendo de manera pacífica y ordenada. La participación ciudadana implicó que 800 000 ciudadanos trabajaran en las 96 000 casillas instaladas, con un porcentaje de poco menos de 3% de votos anulados.

Gracias a la incorporación en el texto del Cofipe de conteos rápidos y encuestas de salida realizadas por la CIRT, se obtuvo algo inédito en las elecciones mexicanas: apenas pocas horas después de terminada la elección, hubo resultados preliminares que mostraban una mayoría que favorecía al candidato presidencial del PRI, seguido del PAN y el tercer lugar para el PRD. Los resultados de las demás compañías encuestadoras coincidían con dichas tendencias. Alrededor de las 2:40 de la mañana del 22 de agosto, el PREP del IFE, con 15% de las casillas computadas, confirmó el sentido de las preferencias electorales. A las 4:30 de esa madrugada, contando con la aceptación de los resultados por parte del candidato presidencial panista, después de felicitar al pueblo de México por su elevada participación, su presidente, Jorge Carpizo, dio por concluida la sesión del Consejo General del IFE. Los demás integrantes del Consejo otorgaron una larga ovación al hombre que puso lo mejor de sí para que ese resultado fuera posible.

#### IV. CONCLUSIONES

Una característica del constitucionalismo contemporáneo es la aparición de los llamados órganos constitucionales autónomos que, sin depender de ninguno de los tres poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), pertenecen al Estado.<sup>20</sup> En el caso mexicano, su establecimiento se originó a partir de la década de 1990, observándose en los últimos años una tendencia creciente a su multiplicación en diversos aspectos de la vida pública.

En su calidad de servidor público, el constitucionalista Jorge Carpizo, abierto a las corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo, trabajó con enorme responsabilidad en la génesis de dos de los órganos constitucionales autónomos pioneros: la oficina del *ombudsman* nacional y el ente público encargado de las elecciones federales.

Por lo que hace a la CNDH, Jorge Carpizo buscó que la intervención presidencial en el nombramiento de su titular fuera disminuyendo hasta que, en virtud de una reforma constitucional de la que fue franco partidario, desapareció. Es casi imposible suponer que la autonomía de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos se hubiera hecho realidad sin que existiera la labor de su fundador.

La normalidad democrática en nuestro país tiene su origen en las elecciones federales de 1994. Aun cuando ese año inició con un pronóstico sombrío sobre el futuro político mexicano, con fundadas preocupaciones de que la violencia pudiera extenderse más allá de los municipios chiapanecos bajo la influencia del EZLN, se pudo evitar el “choque de trenes” entre el PRI y la oposición. Gracias al diálogo propiciado por Jorge Carpizo en la presidencia del IFE, se hizo posible que la inmensa mayoría de los mexicanos mostrara que los cambios sociales se decidirían en las urnas, no por las armas. La reforma constitucional de agosto de 1996 que estableció la plena autonomía del IFE, puso un segundo piso a los firmes cimientos construidos por Jorge Carpizo a lo largo de 1994.

<sup>20</sup> Caballero Ochoa, José Luis, “Los órganos constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes”, *Jurídica*, núm. 30, 2000, p. 155.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- CARPIZO, Jorge, “La reforma constitucional de 1999 a los organismos protectores de los derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 3, julio-diciembre, de 2000.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “Los órganos constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes”, *Jurídica*, núm. 30, 2000.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Primer Informe Semestral*, México, junio-diciembre de 1990.
- , *Segundo Informe Semestral*, México, diciembre de 1990-junio de 1991.
- , *Tercer Informe Semestral*, México, junio-diciembre de.
- , *Cuarto Informe Semestral*, México, diciembre de 1991-junio de 1992.
- Diario Oficial de la Federación*, 13 de febrero de 1989.
- , 6 de abril de 1990.
- , 6 de junio de 1990.
- , 19 de abril de 1994.
- , 25 de abril de 1994.
- , 13 de septiembre de 1999.
- SALINAS DE GORTARI, Carlos, *México. Un paso difícil a la modernidad*, México, Plaza y Janés, 2000.



## HACIA EL CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917. UNA REFLEXIÓN A PROPÓSITO DE REFORMAS, TEXTOS, MODELOS Y CULTURAS CONSTITUCIONALES\*

Héctor FIX-FIERRO\*\*

La Constitución mexicana de 1917 es una de las más antiguas del mundo y lo es porque ha tenido la capacidad de reformarse, porque se ha ido adecuando a la realidad; y si no lo hubiera hecho así, le hubiera quedado muy estrecha a esa realidad y ésta la hubiera hecho añicos.

Jorge CARPIZO\*\*\*

La excesiva manipulación del texto constitucional ha dificultado que el efecto prescriptivo de sus disposiciones se asiente realmente como guía de los comportamientos sociales. Existe un sentimiento de transitoriedad en torno a los tópicos constitucionales que no favorece la interiorización a nivel social de los valores organizativos que proyecta la carta.

Martín DÍAZ Y DÍAZ\*\*\*\*

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Diagnóstico*. III. *Hacia la reordenación y reducción del texto de la Constitución de 1917*. IV. *Modelos de Constitución y texto constitucional*. V. *Cultura de la Constitución y reformismo constitucional*. VI. *Reflexiones finales*.

\* Una versión anterior de este trabajo se presentó, con el título de “Reformas constitucionales y cultura de la Constitución en México. Reflexiones a propósito de las deformaciones y disfunciones de un texto casi centenario”, como comunicación al XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado del 17 al 19 de septiembre de 2013 en la ciudad de Tucumán, Argentina, y dedicado a la memoria de Jorge Carpizo. El autor agradece los comentarios y observaciones de Daniel Barceló, Jacqueline Martínez Uriarte, José María Serna de la Garza, Pedro Salazar Ugarte y Diego Valadés.

\*\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional.

\*\*\* “México: ¿hacia una nueva Constitución?”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 1999, p. 86.

\*\*\*\* “La transición constitucional (notas sobre las condiciones del remplazo)”, en *Hacia una nueva constitucionalidad, cit.*, p. 184.

## I. PLANTEAMIENTO

El 5 de febrero de 2017, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cumplirá cien años de su promulgación. Aunque ya lo es desde ahora, ese aniversario simbólico subrayará su condición de ser una las Constituciones más longevas del planeta, apenas superada en duración por la Constitución Federal de los Estados Unidos (1787) y algunas pocas más, pues la gran mayoría de las Constituciones vigentes en el mundo al momento actual, incluyendo a casi todas las iberoamericanas, son posteriores a la Segunda Guerra Mundial (1945) y al fin de la Guerra Fría (1989).

Aunque conserva los lineamientos esenciales del orden constitucional establecido en 1917, el texto vigente de la Constitución mexicana se distingue significativamente del texto aprobado entonces. Cerca de seiscientos cambios, entre reformas y adiciones,<sup>1</sup> han alterado sustancialmente su contenido. Además de plasmar el ideario y los proyectos de los gobernantes en turno, los cambios han contribuido a actualizar el texto constitucional al incorporar nuevos derechos y nuevas instituciones, reequilibrando, en conjunto, las relaciones de poder anteriormente sometidas a la hegemonía indiscutida del presidente de la República. En particular, la mayoría de las reformas y adiciones son consecuencia de la llamada “transición democrática”, es decir, del proceso de cambio político iniciado a fines de los años setenta e intensificado a partir de los noventa, por el cual México transitó paulatinamente hacia una democracia electoral que se encuentra en trance de consolidación.<sup>2</sup>

Sin embargo, los constantes cambios a la Constitución han tenido por resultado un texto cada vez extenso y desordenado. El Constituyente de

<sup>1</sup> Se contabiliza como *un* solo cambio las modificaciones a *un* artículo contenidas en *un* decreto de reforma al texto constitucional, incluyendo los artículos transitorios. Es el mismo modo de cálculo que utiliza la página web de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. <http://www.diputados.gob.mx>. Hasta el día de hoy (15 de octubre de 2013), la Constitución de 1917 ha sido reformada mediante 211 decretos, con un total de 567 cambios a su articulado.

<sup>2</sup> La bibliografía sobre la “transición democrática” mexicana es ya inabarcable y muy diversa en sus visiones e interpretaciones. Una visión que centra en la arena electoral el proceso de cambio político es la que se ofrece en Becerra, Ricardo *et al.*, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, 3a. ed., México, Cal y Arena, 2005.

1916-1917 aprobó un texto que ya era bastante más extenso que el original de 1857, con un total aproximado de 22 000 palabras. Al momento de redactar estas líneas, el texto de la Constitución mexicana se aproxima a las 60 000 palabras de extensión, es decir, casi tres veces la de 1917. Si bien en algún momento se pensó que el ritmo de las reformas constitucionales podría disminuir con la nueva pluralidad política —pues la prohibición de alcanzar más del 60% de la representación en las cámaras del Congreso de la Unión impide que un solo partido político apruebe las reformas a la Constitución como sucedía anteriormente (dejamos de lado, por lo pronto, la cuestión de su aprobación por la mayoría de las 31 legislaturas de los estados)—, lo cierto es que ese ritmo se ha intensificado en los últimos años. Y prácticamente cada una de esas reformas ha incrementado la longitud del texto constitucional, incluyendo numerosos detalles reglamentarios como, por ejemplo, el número de minutos de tiempo de emisión al día a que tienen derecho los partidos políticos y sus candidatos en radio y televisión (artículo 41).

El periodo de gobierno del presidente Felipe Calderón (2006-2012) ha sido, hasta ahora, el más prolífico en este sentido: 36 decretos de reforma y 110 artículos reformados durante su sexenio, lo que equivale aproximadamente al 20% de todas las reformas aprobadas desde 1921.<sup>3</sup> El gobierno del presidente Enrique Peña Nieto, quien tomó posesión de su cargo el 1o. de diciembre de 2012, ya ha promovido cuatro decretos de reforma constitucional (publicados los días 26 de febrero, 5 y 11 de junio, y 8 de octubre de 2013). La primera es la llamada “reforma educativa”, que constitucionaliza la carrera magisterial y crea el Sistema Nacional de Evaluación Educativa, así como el nuevo organismo constitucional autónomo denominado Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (artículo 3o.). La segunda es la reforma en materia de competencia económica y telecomunicaciones (artículo 28), la que reconfigura como organismos constitucionales autónomos a la Comisión Federal de Competencia Económica y a la Comisión Federal de Telecomunicaciones; esta última se transforma en el nuevo Instituto Federal de Telecomunicacio-

<sup>3</sup> Cabe agregar que en los tiempos del presidencialismo, la mayoría de las iniciativas de reforma constitucional provenían de la Presidencia de la República, y no hay duda de que entonces no se aprobaba ninguna reforma constitucional que no contara con el consentimiento presidencial. Llegó haber reformas aprobadas por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados que no se promulgaron y publicaron por un cambio de opinión presidencial de última hora. En la actualidad, si bien el presidente ya no es el único iniciador del procedimiento de reforma constitucional, sí sigue siendo un actor principal en este sentido.

nes. La tercera reforma introduce cambios en los artículos 25 y 26 de la Constitución, introduciendo la competitividad como factor del desarrollo económico nacional. Las tres reformas citadas agregan aproximadamente 3200 palabras más al texto constitucional. La cuarta reforma modifica la fracción XXI del artículo 73, relativo a las facultades legislativas del Congreso de la Unión, para hacer posible la expedición de leyes únicas en materia de procedimiento penal, mecanismos alternativos de solución de controversias y ejecución de penas. Otras dos reformas se refieren a la libertad de religión y de conciencia (artículo 24) y, en materia de pérdida de la ciudadanía, a la obligación de solicitar permiso para aceptar y utilizar condecoraciones, así como para admitir funciones o títulos de gobiernos extranjeros, cuyo otorgamiento se traslada del Congreso de la Unión al Ejecutivo Federal (artículo 37, inciso C, fracciones II a IV); pero algunos cambios más se anuncian en el panorama nacional, como el que otorgaría autonomía constitucional al actual Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (IFAI).

Como puede verse, de acuerdo con la doctrina tradicional, nuestra Constitución es rígida por lo que se refiere al procedimiento especial que se exige para reformarla o adiccionarla, así como a los órganos que intervienen en él (artículo 135), pero no lo es en los hechos, por la facilidad y la rapidez con las que se modifica su texto. Desde este punto de vista, existen varias leyes federales ordinarias que son más “rígidas” que la propia Constitución, pues no han sufrido ninguna reforma desde su entrada en vigor, como es el caso de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México (1945).

En vista de lo anterior, esto es, tanto por razones de técnica constitucional como por motivos esencialmente políticos, se debate en México, desde hace varios años, la necesidad de promulgar una nueva Constitución. Desde fines de los años noventa se dio un intenso debate entre los constitucionalistas mexicanos, algunos de los cuales se pronunciaron a favor de expedir una nueva Constitución, mientras que otros argumentaron que no existían las condiciones que permitieran o justificaran la convocatoria a un Congreso Constituyente. Sin embargo, ambos grupos estarían de acuerdo en que el cambio político en México ha propiciado el reavivamiento de las funciones normativas de la Constitución, de modo que puede hablarse, al menos, de una “nueva constitucionalidad”,<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Véanse los diversos ensayos reunidos en el volumen *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 1999, así como en *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, 1999.

e igualmente suscribirían la idea de que la Constitución vigente todavía no ha incorporado todos los cambios que serían necesarios y deseables. Pero tanto para quienes se oponen a una nueva Constitución como para quienes están a favor de ella, se suscita, aunque con intensidad diferente, el problema de la dinámica desbocada de la reforma constitucional.

El presente ensayo se propone, primero, elaborar un diagnóstico de la reforma al texto de la Constitución mexicana, subrayando algunas de las distorsiones que este procedimiento ha provocado tanto como las razones que explican la frecuencia de los cambios constitucionales. En segundo lugar, al descartar la conveniencia o la viabilidad de un proceso constituyente, examina una alternativa distinta a la aprobación de una nueva Constitución: la reordenación y reducción del texto actual.<sup>5</sup> En tercer término, pretende situar esta problemática en el marco teórico y conceptual de la llamada “cultura constitucional”, es decir, el conjunto de percepciones, actitudes y opiniones sociales que se refieren al significado, funciones e importancia de la Constitución en la sociedad, así como de los llamados “modelos constitucionales”, en tanto concepciones teóricas e ideológicas subyacentes al diseño y elaboración de un texto constitucional.

El objetivo último no es el de insistir en los aspectos particulares —y algunos dirían: casi patológicos— que ha asumido la reforma constitucional en México, sino hacer una aportación al debate de los constitucionalistas mexicanos sobre la Constitución de 1917 a cuatro años de la celebración de su centenario, pero también a las discusiones actuales de los constitucionalistas iberoamericanos en torno a los “nuevos modelos” de Constitución, la “identidad” y la “cultura” constitucionales.<sup>6</sup> Para ello hay que preguntarse: ¿qué relación hay entre el texto de la Constitución y

<sup>5</sup> Para ello, el derecho comparado ofrece interesantes ejemplos recientes, como el de Suiza (1999-2000), que por razones de espacio no serán examinados en este trabajo. Véase, por ejemplo, Koller, Heinrich y Giovanni Biaggini, “La nueva Constitución Federal suiza. Una visión general de las novedades y los aspectos más destacados”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núms. 10-11, 2002-2003, pp. 611-634. De acuerdo con el mandato impartido por el Parlamento al gobierno federal suizo en 1987, la propuesta de una nueva Constitución tendría el propósito de actualizar el texto constitucional en los siguientes términos: “El Proyecto pondrá al día el Derecho constitucional vigente, escrito y no escrito, lo presentará de manera comprensible, lo ordenará sistemáticamente y unificará el lenguaje y la densidad normativa de los preceptos individualizados” (p. 612).

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, Serna de la Garza, José María (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, México, UNAM, 2009. Véase también “¿Dos modelos de democracia?” de Pedro Salazar Ugarte, en *Política*

la cultura constitucional? ¿Hasta qué punto el desconocimiento del texto constitucional por parte de la población podría justificar su reordenación y reducción? ¿Es la proliferación de las reformas constitucionales una manifestación de la insatisfacción y las expectativas reformistas de los ciudadanos? ¿Hay alguna correlación entre la extensión del texto constitucional y los modelos de Constitución subyacentes al mismo? ¿Es deseable y posible la moderación del ritmo de cambios constitucionales en nuestro país?

Los apartados tercero y cuarto de este trabajo tratarán de abordar y responder estas preguntas, primero, a través del examen del impacto de los modelos de Constitución en la extensión y características de los textos constitucionales y, en segundo lugar, recurriendo a algunos resultados de las dos encuestas nacionales de cultura constitucional que se han levantado en México (2003 y 2011), comparándolos con los de encuestas similares en Argentina y Costa Rica.

El apartado de conclusiones retomará la propuesta central del ensayo —la reordenación y reducción del texto de la Constitución de 1917— a la luz del análisis desarrollado en los dos apartados anteriores. El resultado principal de esta reflexión sugiere que la cultura y los modelos constitucionales vigentes favorecen una dinámica intensa de reformas a la Constitución, así como de textos constitucionales cada vez más extensos, pero que la promulgación de un texto reordenado y reducido —al menos en los aspectos orgánicos de la ley fundamental— podría contribuir a elevar el conocimiento y la identificación de los ciudadanos con su Constitución, con posibles consecuencias, igualmente positivas, para la legitimidad y eficacia del orden jurídico en su conjunto. Estructuralmente, el efecto podría radicar en una mayor diferenciación entre derecho y política, un mayor grado de complejidad y autonomía en sus interrelaciones, así como el reconocimiento de mayor independencia y peso a la justicia constitucional.

## II. DIAGNÓSTICO

Aunque el tema de la reforma constitucional ha sido objeto recurrente de análisis por los constitucionalistas mexicanos, la dinámica de los cambios

*y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013, pp. 25-49.

al texto constitucional ha sido tal que no existe todavía un tratamiento completo de esta problemática,<sup>7</sup> y mucho menos desde el punto de vista de la cultura y la identidad nacionales. Por tanto, en este apartado se ofrecerá un análisis muy sintético e impresionista para ilustrar algunas de las cuestiones apuntadas en el apartado introductorio.

### 1. *Las reformas constitucionales 1921-2013*

La siguiente tabla resume el número de cambios y el porcentaje relativo de las modificaciones al texto de la Constitución de 1917 por periodo de gobierno sexenal, desde 1921 hasta el mes de octubre de 2013:<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Existen varios trabajos importantes sobre la problemática de la reforma constitucional en México. Aquí citamos algunos de ellos: Valadés, Diego, *La Constitución reformada*, México, UNAM, 1987 (el ensayo principal que da título al libro plantea una clasificación de las reformas en cinco tipos: innovadoras; actualizadoras del texto; actualizadoras de una institución; explicativas, y correctivas; pp. 21 y siguientes); Madrazo, Jorge, “El problema de la reforma constitucional”, en *Reflexiones constitucionales*, México, UNAM-Porrúa, 1994, pp. 283-294; Cárdenas Gracia, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, 1994 (2a. ed. 2005); Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, 1998 (con varias reimpresiones); Rives Sánchez, Roberto, *La reforma constitucional en México*, México, UNAM, 2010; Pino Muñoz, Jacinto Héctor, *Prolegómenos a la teoría y a la reforma constitucional*, México, UNAM, 2010; Carpizo, Jorge, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011, pp. 543-598.

<sup>8</sup> Para un análisis cuantitativo reciente y más completo de la dinámica de la reforma constitucional, véase Casar, María Amparo, “El fetichismo constitucional”, *Nexos*, México, febrero de 2013 (hay versión en línea). Cabe agregar que a pesar de la frecuente reforma al texto constitucional, subsisten 27 artículos (de un total de 136) de la Constitución de 1917 que no han sido modificados. En cambio, el artículo 73, relativo a las materias sobre las que puede legislar el Congreso de la Unión, ha sido reformado y adicionado en 68 ocasiones. Véase también Casar, María Amparo y Marván, Ignacio, *Pluralismo y reformas constitucionales en México, 1997-2012*, México, CIDE, 2012 (División de Estudios Políticos, Documento de Trabajo núm. 247). Casar y Marván sostienen que, en un contexto comparado, el caso mexicano no es excepcional, ni en lo que se refiere a la frecuencia de la reforma constitucional, ni en lo relativo a la extensión del texto constitucional, pues existen constituciones mucho más extensas, como la de la India, con más de 95 000 palabras (pp. 2 y ss.).

Conviene agregar que así como la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 es conocida por su texto relativamente breve (incluidas sus 27 enmiendas), que no rebasa las 8000 palabras, las constituciones de los estados en ese país se caracterizan por su reemplazo o reforma frecuente, así como por la prolijidad de sus

Tabla 1  
*Reformas constitucionales por periodo de gobierno (1920-julio de 2013)*

| <i>Periodo</i>    | <i>Número reformas</i> | <i>Porcentaje (%)</i> |
|-------------------|------------------------|-----------------------|
| 1920-1924         | 8                      | 1.4                   |
| 1924-1928         | 18                     | 3.2                   |
| 1928-1934         | 28                     | 4.9                   |
| 1934-1940         | 15                     | 2.6                   |
| 1940-1946         | 18                     | 3.2                   |
| 1946-1952         | 20                     | 3.5                   |
| 1952-1958         | 2                      | 0.4                   |
| 1958-1964         | 11                     | 1.9                   |
| 1964-1970         | 19                     | 3.4                   |
| 1970-1976         | 40                     | 7.1                   |
| 1976-1982         | 34                     | 6.0                   |
| 1982-1988         | 66                     | 11.6                  |
| 1988-1994         | 55                     | 9.7                   |
| 1994-2000         | 77                     | 13.6                  |
| 2000-2006         | 31                     | 5.5                   |
| 2006-2012         | 110                    | 19.4                  |
| 2012-octubre 2013 | 15                     | 2.6                   |
| <i>Total</i>      | <i>567</i>             | <i>100.0</i>          |

Fuente: elaboración propia con datos de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión: <http://www.diputados.gob.mx>.

Nota: los periodos de gobierno sexenal comienzan el 1o. de diciembre del primer año y concluyen el 30 de noviembre del segundo.

disposiciones, que apenas se distinguen de la legislación ordinaria. La Constitución del Estado de Louisiana, por ejemplo, llegó a tener 250 mil palabras en 1921, antes de su reemplazo completo en 1974. Véase Tarr, G. Alan, *Comprendiendo las Constituciones estatales*, trad. de Daniel A. Barceló Rojas, México, UNAM, 2009, pp. 13 y ss.

Sobre la frecuencia de la promulgación de nuevas constituciones y su reforma en América Latina, véase Negretto, Gabriel L., *Making Constitutions. Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, pp. 17 y ss. Negretto contabiliza casi 200 Constituciones en 18 países de América Latina desde la independencia, es decir, en promedio algo más de 10 Constituciones por cada uno; las reformas también han sido frecuentes, con un promedio de casi 8 decretos de reforma entre 1978 y 2008 (p. 21), pero solo cuatro países (Costa Rica, México, Panamá y Uruguay) no han aprobado una nueva Constitución en el periodo 1978-2013.



Como puede observarse fácilmente, el ritmo de las reformas se acelera considerablemente en los últimos periodos de gobierno.<sup>9</sup> Pero las reformas no solo han sido extraordinarias en sentido cuantitativo, sino también cualitativo. En este sentido, el parteaguas lo podemos situar en 1982, pues en esa fecha se inicia un proceso de reformas, que dura hasta nuestros días, en el que hay una renovación importante de las instituciones existentes y la creación de otras muchas que modernizan y actualizan nuestro ordenamiento constitucional. En términos generales, los cambios han apuntado al fortalecimiento de los poderes Legislativo y Judicial frente al Poder Ejecutivo Federal, de los derechos de los ciudadanos y de los medios para su defensa, así como de los mecanismos de rendición de cuentas del gobierno y de responsabilidad de los servidores públicos.<sup>10</sup> En lo particular, la Constitución se ha reformado de manera importante en las siguientes materias:

- Control de la constitucionalidad de las leyes.

<sup>9</sup> Conviene agregar que las reformas aprobadas y publicadas no constituyen más que una fracción muy reducida del total de iniciativas de modificación constitucional presentadas en las cámaras del Congreso de la Unión. Casar y Marván contabilizan, para el periodo 1997-2012 (en que ningún partido gozó de mayoría en el Congreso de la Unión), 2 mil 470 iniciativas presentadas en la Cámara de Diputados y 933 en la de Senadores. De ese total se aprobó un 10 a 12%. Del total de 26 iniciativas presentadas por el Ejecutivo Federal durante el mismo periodo se aprobó el 54%, quedando pendientes el 35% y siendo desechadas sólo el 12%. Véase Casar y Marván, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

Podríamos decir entonces que las iniciativas de reforma constitucional están sometidas a un proceso darwinista de variación y selección, el cual permite suponer que se aprueban finalmente las mejores iniciativas o una combinación de las más viables políticamente. Una característica de algunas reformas complejas de los últimos años (como la reforma política de 2012) es que ya no provienen de una iniciativa única, sino de la combinación de varias iniciativas, provenientes de fuerzas y actores políticos diversos.

<sup>10</sup> Véase un panorama en Carpizo, Jorge *et al.*, *Evolución de la organización político-constitucional de México, 1975-2010*, México, UNAM, 2012.

Una dinámica similar se advierte en relación con las constituciones de los estados de la República, las cuales en ocasiones incorporan (voluntaria o mandatoriamente) los cambios a la Constitución federal, y en ocasiones también se adelantan a las modificaciones nacionales. Varios estados han procedido en años recientes a realizar una reforma integral de sus constituciones, entre las que destaca la Constitución veracruzana de 2000. De entre una doctrina cada vez más abundante sobre el constitucionalismo local, véase Cienfuegos Salgado, David, “La reforma constitucional local”, en Cienfuegos Salgado, David y Morales Carrasco, Ricardo (coords.), *Propuestas para un nuevo constitucionalismo local. Ideas y proyectos de Constitución para las entidades federativas mexicanas*, Chilpancingo, El Colegio de Guerrero, 2006, pp. 67-90.

- Autonomía de gobierno y administración de los municipios.
- Sistema electoral y representativo (federal y local).
- Derechos fundamentales, tanto individuales como sociales, y sus medios de protección.
- Derechos y autonomía de los pueblos indígenas.
- Propiedad y justicia agrarias.
- Transparencia y acceso a la información pública gubernamental.
- Sistemas de justicia penal y seguridad pública.
- Presupuesto y control del gasto público.
- Relaciones del Estado con las iglesias y las comunidades religiosas.

En el marco de estas reformas se han introducido nuevas instituciones y se han reformado de manera profunda las existentes:<sup>11</sup>

- Creación de los “organismos constitucionales autónomos”, como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1992-1999), el Banco de México (1993), el Instituto Federal Electoral (1996-2007), el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2005), el Instituto Nacional de para la Evaluación de la Educación, la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (2013).
- Nueva composición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y ampliación y especialización de sus facultades de control constitucional (1987-1994-1996-1999).
- Creación del Consejo de la Judicatura Federal como órgano de gobierno y administración del Poder Judicial de la Federación (1995-1999).
- Creación de la Auditoría Superior de la Federación como órgano de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión con autonomía técnica para la fiscalización y evaluación del desempeño de las autoridades públicas (1999-2009).
- Creación de la jurisdicción electoral federal (1987-1990-1993-1996-2007).
- Creación de los tribunales agrarios (1992).
- Creación de una jurisdicción especializada para menores (2005).
- Reconocimiento constitucional de los organismos de transparencia y acceso a la información pública gubernamental (2007).

<sup>11</sup> Los números entre paréntesis señalan el año de creación o de reforma.

Como puede observarse, los cambios han sido de gran alcance, y ello ha dado una nueva dinámica al orden constitucional en su conjunto,<sup>12</sup> pues muchas de estas modificaciones han tenido también efectos directos e indirectos sobre los órdenes jurídicos de estados y municipios. Más aún, después de 1982 se modificaron también algunos de los principios supuestamente “intocables” de la Revolución Mexicana incorporados en la Constitución (educación, relaciones entre el Estado y las iglesias, reforma agraria y propiedad de la tierra). Podría decirse incluso que un diseño institucional “nuevo”, más complejo y moderno, se introdujo y se superpuso sobre el modelo institucional que se construyó en las décadas posteriores a la Revolución. Al menos en algunos aspectos, ambos diseños institucionales siguen coexistiendo dentro de la misma Constitución.<sup>13</sup>

## 2. Defectos y deformaciones del texto constitucional

En este apartado mencionaremos, sin ningún afán sistemático o exhaustivo, algunos de los defectos y deformaciones que el continuo proceso de reforma ha introducido en el texto constitucional.

Las reformas han provocado un notable desorden y falta de técnica y sistemática en los temas regulados en los diversos artículos constitucionales.<sup>14</sup> Esto se refleja en diversos aspectos como los siguientes:

- *Presencia de disposiciones duplicadas.* Por ejemplo, entre los requisitos para ocupar diversos cargos públicos se reitera el de no ser ministro

<sup>12</sup> Véanse los trabajos reunidos en el volumen intitulado *Hacia una nueva constitucionalidad*, cit.

<sup>13</sup> Véase Díaz y Díaz, Martín, “La transición constitucional (notas sobre las condiciones de remplazo)”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, cit. *supra* nota 4, pp. 167-190; Caballero Juárez, José Antonio y González, María del Refugio, “El proceso de formación del Estado de derecho en México. Los modelos de Estado en la Constitución de 1917”, en Serna de la Garza, José María y Caballero Juárez, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, 2002, pp. 47-93.

<sup>14</sup> Así también Salazar Ugarte, “Sobre la democracia constitucional en México (pistas para arqueólogos)”, en *id.*, *Política y derecho*, cit., p. 100. Él señala también la presencia de proyectos e instituciones contradictorios en la Constitución, que ejemplifica con la reforma de junio de 2008, la cual introdujo un sistema penal acusatorio y garantista, el cual convive con un régimen especial y excepcional para la delincuencia organizada (*idem*). Técnicamente, este no es un defecto del texto constitucional, sino consecuencia de las negociaciones políticas que dieron origen a esta reforma. El problema para el aplicador es lograr una interpretación armónica de la Constitución en todas sus partes.

de algún culto religioso, cuando el texto del artículo 130 ya establece, de modo general, que los ministros de los cultos religiosos no pueden ocupar cargos públicos o de elección popular, a menos que se retiren de su ministerio con una anticipación de al menos cinco años. Es claro que bastaría la norma general del artículo 130 y el conocimiento sistemático del texto constitucional para resolver esta cuestión, si bien la reiteración del requisito en otras disposiciones podría explicarse por razones de tipo histórico.

- *Uso inconsistente de la terminología.* En este apartado podemos mencionar, por ejemplo, que el texto de la Constitución utiliza tanto el concepto de “derechos humanos” como el de “derechos fundamentales”, y hasta recientemente estos dos términos coexistían con el tradicional de “garantías individuales”. Del mismo modo, podemos contrastar la terminología avanzada en materia de derechos humanos que emplea el artículo 1o. a partir de la reforma de junio de 2011, con la regulación de la mayoría de los derechos consagrados en el Título Primero, la cual sigue utilizando una terminología arcaica procedente del siglo XIX: así, el artículo 11 se refiere a las limitaciones a la libertad de tránsito que pueden imponerse a los “extranjeros perniciosos residentes en el país”, terminología comprensible en el ambiente nacionalista y xenófobo de 1917, pero inaceptable en la actualidad.
- *Disparidad en el alcance y profundidad de la regulación.* Un defecto notorio en el texto constitucional es la inconsistencia, por exceso o por defecto, en la regulación de las instituciones, incluso de naturaleza semejante. Podemos encontrar diferencias notables de alcance y profundidad en la regulación de los llamados organismos constitucionales autónomos (por ejemplo, compárese la regulación del Banco de México con la del nuevo Instituto Federal de Telecomunicaciones, ambas en el artículo 28), pero también en la de las distintas ramas jurisdiccionales previstas en la Constitución. Mientras que la composición, competencias y funciones del Tribunal Electoral ocupan todo un artículo (el artículo 99), cuya extensión supera las mil palabras, la reglamentación de la justicia laboral (artículo 123) o la militar (artículo 13) abarca solo unas cuantas líneas. Esto no es sino el reflejo de los distintos momentos en que se introdujeron las disposiciones respectivas: las juntas de conciliación y arbitraje son una creación del Constituyente de 1917, mientras que la disposición relativa a los tribunales militares tampoco ha sido modificada desde entonces.
- *Desorden y falta de sistema en la materia regulada en los artículos constitucionales.* Idealmente, cada artículo constitucional tendría que abordar de

manera ordenada y completa la regulación de algún tema. Si bien en cada reforma se ha procurado incorporar las adiciones en artículos afines, el conjunto de las modificaciones no respeta tal lógica, de modo que, así como hay artículos que agrupan temas dispares (por ejemplo, el artículo 94 sobre la integración del Poder Judicial de la Federación), hay otros que disgregan temas comunes que podrían agruparse en un solo artículo (por ejemplo, el artículo 57, relativo a los suplentes de los senadores, con una extensión de dos líneas, podría incorporarse al 56, que se refiere a la composición del Senado).

- *Errores en la actualización del texto.* Los cambios al texto constitucional en ocasiones no han tenido el cuidado de actualizar de manera transversal todas las disposiciones relevantes. Así, por ejemplo, todavía podemos encontrar en el texto vigente la expresión “Jefe del Distrito Federal” (artículo 95, fracción VI), cuando la correcta es “Jefe de Gobierno del Distrito Federal”, y “Asamblea de Representantes del Distrito Federal” (artículo 105, fracción II, inciso e), que actualmente se denomina “Asamblea Legislativa del Distrito Federal”.
- *Artículos reglamentarios.* Quizás el problema más evidente del texto constitucional sea el incremento constante en su extensión, alcanzando dimensiones de disposiciones propiamente reglamentarias. En este sentido podemos mencionar como especialmente notorios, pero no únicos, los siguientes artículos: 2o. (derechos de los pueblos indígenas), 27 (dominio de la nación sobre los recursos naturales y propiedad agraria), 28 (competencia económica y telecomunicaciones), 41 (partidos políticos y procesos electorales federales), 79 (entidad de fiscalización superior de la Federación), 99 (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación), 107 (juicio de amparo), 115 (municipios), 116 (organización de los estados), 122 (régimen constitucional del Distrito Federal) y 123 (derechos de los trabajadores).

Los artículos citados parecen tener en común que, en su mayoría, desarrollan verdaderos *programas de gobierno* y diseñan auténticas *políticas públicas*, más que establecer los lineamientos constitucionales esenciales que hacen posibles a unos y otras, por lo que no es sorprendente que, al cambiar las prioridades políticas, se vuelva necesaria la reforma constitucional. De todos ellos, quizás el que ha tenido un crecimiento de tipo reglamentario más acusado es el artículo 41. El texto de este artículo tenía 63 palabras cuando fue aprobado en 1917. Seis decretos de reforma constitucional (1977, 1990, 1993, 1994, 1996 y 2007) han dado por resultado un texto de 2811 palabras (casi cuarenta y cinco veces más extenso), que regula de

manera detallada y minuciosa todo lo relativo al régimen de los partidos políticos nacionales, su financiamiento y acceso de los medios de comunicación electrónica, así como la composición, atribuciones y funcionamiento del Instituto Federal Electoral. En el momento actual se discute una nueva reforma político-electoral que tendrá que modificar nuevamente este artículo constitucional.

Sin duda, esta dinámica de la reforma constitucional en México plantea serios desafíos al conocimiento del texto constitucional por parte de los especialistas, ya no digamos de la población en general. Si se nos permite una comparación literaria, la Constitución mexicana se asemeja al “libro de arena” del cuento de Jorge Luis Borges: un libro infinito que no tiene principio ni fin, y que cada vez que se abre, tiene sorpresas y revelaciones para el lector.<sup>15</sup>

Pero el problema no es académico, pues los tribunales mexicanos —y a la cabeza de ellos la Suprema Corte de Justicia de la Nación— tienen que lidiar día a día con los desafíos que suscita la interpretación de un texto constitucional cada vez más desordenado y deformado. Claro está que las resoluciones solo pueden solucionar las controversias planteadas y no es de esperarse que hagan observaciones críticas (*obiter dicta*) sobre las dificultades de interpretación de la Constitución.<sup>16</sup> Los problemas apuntados quizá se agudicen ahora que, conforme a la reforma del artículo 1o. de la Constitución de 2011, la doctrina del “control de convencionalidad” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la nueva postura de la Suprema Corte mexicana sobre el control difuso de constitucionalidad, asentada en la resolución del llamado “Caso Radilla”, todos los jueces del país se inician en el ejercicio de la interpretación constitucional en combinación con la aplicación de los derechos humanos de fuente internacional.

<sup>15</sup> “El libro de arena”, en Borges, Jorge Luis, *Obras completas. 1975-1985*, México, Emecé Mexicana, 1989, pp. 68-71. El narrador del cuento adquiere el libro con entusiasmo, pero más tarde se da cuenta de que en realidad es monstruoso, por lo que decide “perderlo” en uno de los “húmedos anaqueles” de la Biblioteca Nacional en Buenos Aires.

<sup>16</sup> Una búsqueda de tesis de jurisprudencia y tesis aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, posteriores a 1995, sobre la interpretación de la Constitución no encontró, previsiblemente, señalamientos en el sentido apuntado; si acaso, la Corte ha tenido que resolver complicados problemas de temporalidad en la aplicación de algunas de las reformas constitucionales recientes, como la de la justicia penal de 2008, que entrará plenamente en vigor hasta que esté implementado el sistema acusatorio en todas las entidades federativas del país.

### 3. ¿Por qué se reforma tanto la Constitución en México?

Los constitucionalistas mexicanos han reflexionado amplia y profundamente sobre las razones que explican la frecuente reforma del texto de la Constitución de 1917. La explicación más difundida se refiere a la necesidad de ir adaptando el texto constitucional a los cambios de la sociedad mexicana, la cual pasó de ser una sociedad muy pobre y eminentemente rural en 1917 a una sociedad predominantemente urbana e industrial en la actualidad, con un nivel apreciable de desarrollo que se manifiesta en importantes transformaciones en la población (que pasó de aproximadamente diez millones de habitantes a cerca de 120 en la actualidad), las comunicaciones, los servicios, las instituciones públicas y la participación social. Esta constante adaptación ha contribuido claramente a su longevidad.<sup>17</sup>

La necesidad de adaptación de la Constitución se ha agudizado con la llamada “transición democrática”, lo que da cuenta, en buena medida, de la frecuencia de las reformas que afectan el proceso electoral, así como la composición y funciones de las cámaras del Congreso de la Unión. Colateralmente, la democratización política también ha favorecido la incorporación, a nivel constitucional, de un buen número de instituciones del constitucionalismo contemporáneo (*ombudsman*, derechos humanos, justicia constitucional, transparencia y acceso a la información, etcétera). Finalmente, como señala con agudeza Pedro Salazar, la fragmentación política y el fenómeno de los gobiernos divididos han dado por resultado que, cuando los actores políticos deciden pactar, lo hagan a nivel de la Constitución y de esta manera evitan que una parte de ellos —la que en su momento cuenta con mayoría simple en el Congreso de la Unión— manipule lo acordado en la ley secundaria.<sup>18</sup> Esto explicaría también el incremento en el carácter reglamentario de los artículos de la Constitu-

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, Carpizo, “México: ¿hacia una nueva Constitución?”, *cit.*, p. 86.

<sup>18</sup> Salazar Ugarte, “Sobre la democracia constitucional en México...”, *cit.*, p. 99. Un buen ejemplo de ello es la reforma electoral “definitiva” de 1996, que fue aprobada a nivel constitucional por los tres principales partidos políticos, pero que en su reglamentación secundaria (Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales) contó solo con el respaldo del partido entonces mayoritario, el Partido Revolucionario Institucional (debo esta observación a Imer Flores). Conviene señalar la relevancia del hecho de que en México los ciudadanos no tienen ninguna participación formal en el procedimiento de reforma constitucional, por lo que el texto actual es solo el producto directo de las negociaciones de la élite política.

ción, particularmente de aquellos que son resultado de arduas negociaciones políticas, como los relativos al régimen electoral.

No obstante lo anterior, la Constitución de 1917 ha logrado adaptarse en el tiempo no solo porque los gobernantes hayan sabido ajustarlas a las nuevas necesidades de cada momento, sino también a su estructura interna, porque ella misma incorpora diversos bloques o modelos que han resultado funcionales en distintos momentos. Así, Martín Díaz y Díaz señala que la flexibilidad y adaptabilidad de la Constitución de 1917 se debe a su ambigüedad, a su carácter híbrido, es decir, a la existencia de dos bloques normativos —que él denomina “reformista” y “ortodoxo”— que, a diferencia de las Constituciones del siglo XIX, incorporaron elementos de la realidad social y las necesidades políticas del momento (por ejemplo, el reconocimiento de la propiedad colectiva de la tierra y la concentración de poder en manos del Ejecutivo), lo que “abrió la posibilidad de que la carta prohijara sus condiciones mínimas de vigencia”.<sup>19</sup> José Antonio Caballero y María del Refugio González y González, siguiendo una línea similar, encuentran que la Constitución de 1917 incorpora tres modelos de Estado, que ellos denominan “liberal”, “central” y “social”. El primero proviene de la Constitución de 1857, el segundo empezó a construirse durante la dictadura porfirista mediante la creciente centralización del poder en la Federación, y el tercero se introduce en el orden constitucional en 1917 y se fortalece en los años treinta del siglo XX.<sup>20</sup> La interrelación de estos tres modelos, su activación o desactivación periódicas, le han dado tal flexibilidad y adaptabilidad a la Constitución que, en buena parte, han hecho innecesaria la aprobación de un nuevo texto constitucional durante la transición actual.

Otra explicación —que, sin embargo, goza de menor aceptación— tiene que ver con la Constitución como factor de identidad social y de legitimidad en el ejercicio del poder. De acuerdo con Diego Valadés, la frecuente reforma de una Constitución, o incluso su sustitución por una nueva, “en muy buena medida obedecen no a que se tenga poco respeto por ella, sino todo lo contrario: a que se le considere el instrumento idóneo para refrenar un tanto, o para encauzar en lo posible, la acción de los gobernantes”.<sup>21</sup> Prosigue Valadés:

<sup>19</sup> Díaz y Díaz, *op. cit.*, p. 177.

<sup>20</sup> Caballero y González, *op. cit.*

<sup>21</sup> Valadés, Diego, “La Constitución reformada”, en *La Constitución reformada*, *cit.*, p. 19.



La Constitución es reformada porque se cree en ella; porque se presume que la respetan no sólo los destinatarios del poder, sino los detentadores; porque se supone que al agotar casuísticamente todas las posibles incidencias de la vida del Estado, se obtiene la garantía de que esa vida transcurrirá conforme a los cánones legales; porque, en fin, es el reducto en el que se puede refugiar la conciencia cívica que exista y que no encuentra otro instrumento para hacerse valer.<sup>22</sup>

Sin duda, la necesidad de que la Constitución refleje las aspiraciones y los proyectos, tanto de los ciudadanos como de los gobernantes, es un factor que realza la importancia y la legitimidad sociales de la ley fundamental, pero que también favorece su manipulación oportunista y puramente simbólica, postergando su aplicación efectiva a través de la legislación secundaria y las políticas públicas.<sup>23</sup>

Además de las razones anteriores, que derivan de nuestra evolución política reciente, lo mismo que de sus variadas coyunturas, hay factores estructurales más generales que también conviene tener presentes y explorar someramente. Una línea de explicación deriva de un punto de vista sociológico-sistémico, conforme al cual la transición mexicana consistiría en el paso de un sistema social sobreintegrado a través del Estado, a una sociedad más compleja y diferenciada en la que no existe ya, ni puede existir, un centro que controle todos los ámbitos de la vida social.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> *Idem.* Jorge Madrazo (*op. cit.*) señala que es la “inmensa mayoría de la comunidad media sin mayor formación política o jurídica” la que participa de la opinión de que las sucesivas reformas a la Constitución representan una falta de respeto a la ley fundamental y de identificación de la comunidad con su Constitución (p. 289). Concluye que tanto esta opinión como su opuesta tienen “su fuerte dosis de verdad” (p. 290).

<sup>23</sup> *Cfr.* Salazar Ugarte, *op. cit.* Prueba de ello es que, de manera deliberada o no, los órganos legislativos competentes no han aprobado a la fecha, o se han atrasado considerablemente en hacerlo, muchas de las leyes secundarias que se requieren para hacer efectivas varias de las reformas constitucionales de los últimos años, violando así los plazos fijados por la propia Constitución.

Al respecto, véanse también las luminosas reflexiones de Martín Díaz y Díaz, para quien las constantes reformas se deben al carácter normativo todavía imperfecto que tiene la Constitución: “La insaciable necesidad de reformar la Constitución es un indicador inequívoco de que no existe, por parte de los agentes del gobierno, un control real sobre el sentido del texto. Nuestra realidad constitucional es todavía balbuceante y sus rumbos definitivos aún no se bocetan con la claridad deseable” (*op. cit.*, p. 182).

<sup>24</sup> Millán, René, *Complejidad social y nuevo orden de la sociedad mexicana*, México, Miguel Ángel Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2008. Sobre la dife-

Esta transición implica, para la relación entre derecho y política, que estos dos sistemas adquieran mayor autonomía mutua a través de la creciente complejidad de sus procesos internos.<sup>25</sup> En lo particular, la creciente autonomía del sistema jurídico frente a la política se refleja en el papel cada vez más prominente que desempeña el Poder Judicial en general, y la Suprema Corte de Justicia en particular, en la toma de decisiones públicas. Esto, a su vez, puede explicarse a partir de la activación de la Constitución como “acoplamiento estructural” entre sistema jurídico y sistema político.<sup>26</sup> Dicho acoplamiento estructural implica una vinculación estable entre ambos sistemas que les permite, a cada uno, incrementar y desarrollar su complejidad interna. Así, la Constitución autoriza al sistema jurídico a procesar de manera ordenada su complejidad y sus cambios internos; al sistema político le abre la posibilidad de usar instrumental y simbólicamente el derecho dentro de ciertos límites que excluyan la corrupción y la violencia. Pero, como insiste Luhmann, la Constitución solo puede cumplir esta función bajo el supuesto de la diferenciación funcional y la clausura operativa de ambos sistemas.<sup>27</sup>

Las frecuentes reformas al texto constitucional en México sugieren que ni el sistema jurídico ni el político han podido alcanzar todavía una diferenciación suficiente y una complejidad adecuada para que la Constitución pueda generar un acoplamiento estructural estable entre ambos sistemas. En lo particular, no parece posible todavía sustentar ciertas decisiones políticas o determinadas políticas públicas en una *interpretación* del texto constitucional (ya sea legislativa o jurisprudencial), de modo que si éste no puede modificarse, tales decisiones no serán posibles; inversamente, solo la reforma expresa al texto constitucional permitirá tomar tales decisiones. Políticamente, esta situación implica aumentar la capacidad

renciación entre sistema político y sistema jurídico véase Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, UIA, 2002, cap. 9 (pp. 473 y ss.).

<sup>25</sup> Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México”, *Política y Gobierno*, México, año VIII, núm. 2, segundo semestre, 2001, pp. 347-393, y “Cambio jurídico y autonomía del derecho: un modelo de la transición jurídica en México”, en Serna de la Garza, José María y José Antonio Caballero Juárez (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, 2002, pp. 95-143.

<sup>26</sup> Luhmann, *op. cit.*, pp. 538 y ss. Véase también Fix-Fierro, Héctor, “Los tribunales constitucionales en la consolidación democrática. La perspectiva de la sociología del derecho”, en *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, pp. 69-88.

<sup>27</sup> Luhmann, *op. cit.*, p. 549.

de veto de las minorías, al tiempo que se obstaculiza el funcionamiento normal de una democracia fundada en las decisiones de la mayoría; jurídicamente, desalienta la interpretación como mecanismo de desarrollo y enlace recíproco entre las operaciones del sistema jurídico a todos sus niveles. Aunque parezca paradójico, el mecanismo del consenso y la negociación —que sin duda tiene fuertes raíces democráticas— puede tener efectos antidemocráticos cuando se utiliza para restringir o bloquear decisiones mayoritarias en el texto constitucional. Dicho en otras palabras: si bien es sano que muchas decisiones colectivas sean el fruto del acuerdo entre las fuerzas políticas, también lo es que éstas puedan diferenciarse en su oferta política, de modo que si el electorado les otorga una representación mayoritaria, estén en condiciones de hacer realidad sus proyectos y someter sus resultados nuevamente al juicio del electorado.

El debate público que se realizó con motivo de la llamada “reforma petrolera” de 2008 constituye un buen ejemplo de la anterior. Dado el “veto” previo, interpuesto por ciertas fuerzas políticas, sobre todo de izquierda, a cualquier modificación del texto constitucional en la materia, el gobierno en turno solamente podía tratar de explotar, a través de la propuesta de una nueva legislación secundaria, los reducidos márgenes de interpretación que le ofrecía el texto, ciertamente bastante restrictivo, de la Constitución. No es sorprendente, entonces, que dicha propuesta fuera duramente criticada y controvertida en relación con su posible constitucionalidad, a partir de una visión que, en lo sustancial, encuentra plasmadas en la Constitución decisiones que son intangibles por razones históricas e ideológicas y, por tanto, se niega a reconocer en ella un instrumento normativo que ofrece márgenes de interpretación —más amplios o más estrechos— que la política democrática, basada en la regla de la mayoría, puede legítimamente determinar y aprovechar.<sup>28</sup>

Lo anterior nos lleva a preguntarnos si la existencia de un texto constitucional menos reglamentario y más abierto, en conjunción con un procedimiento realmente dificultado de reforma, podría favorecer el incremento de la complejidad jurídica y política que requiere el desarrollo de la sociedad mexicana en el mundo globalizado de hoy. A explorar algu-

<sup>28</sup> Véase el resumen del debate en Cárdenas Gracia, Jaime, *En defensa del petróleo*, México, UNAM, 2009, pp. 123 y ss., y particularmente en pp. 135 y siguientes. Resulta significativo que ahora que el presidente Peña Nieto ha anunciado un nuevo proyecto de reforma energética, su propuesta, desde el punto de vista constitucional, consista principalmente en la *eliminación* de algunos pasajes restrictivos del texto de la Constitución, abriendo mayores márgenes de decisión a nivel de las leyes secundarias.

nas de las condiciones políticas, sociales y técnicas de tal posibilidad se dedican los siguientes apartados.

## II. HACIA LA REORDENACIÓN Y REDUCCIÓN DEL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917

### 1. *¿Una nueva Constitución?*

Como se señaló, desde fines de los años noventa los constitucionalistas mexicanos discutieron ampliamente la propuesta de aprobación de una nueva Constitución, con argumentos relevantes por ambos lados de la cuestión.

Entre quienes se pronuncian a favor de aprobar una nueva Constitución, se argumenta esencialmente que solo una nueva ley fundamental, producto del acuerdo de las fuerzas políticas, puede consumir la transición democrática y establecer una nueva institucionalidad. Señalan que los defectos históricos, políticos e institucionales de la Constitución vigente no son superables mediante el expediente de la reforma constitucional parcial, sino que es preciso elaborar una Constitución diferente. Así, Jaime Cárdenas apunta:

Necesitamos una nueva Constitución, entre otras cosas, para apuntalar bases realmente democráticas para el funcionamiento del Estado y la sociedad. Con el actual diseño institucional, la incertidumbre y la inestabilidad pervivirán muchos años en México. Necesitamos un traje institucional a la medida de las exigencias democráticas...<sup>29</sup> Las nuevas constituciones no son elementos casuales o accidentales en el proceso de cambio democrático. Son elementos definitorios y terminales del antiguo régimen y para el nacimiento del nuevo.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, 2a. ed., México, UNAM, 2005, p. 229.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 230. Del mismo autor véase también “Cuatro reflexiones en torno a una nueva Constitución”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 1999, pp. 53-83 y sobre todo *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, 2012, obra publicada originalmente en 1996 que propone también diez ejes que definirían a la nueva Constitución (pp. LXXII y ss.).

Desde la visión contraria, constitucionalistas distinguidos como Jorge Carpizo argumentan que una nueva Constitución solo tiene sentido cuando hay una ruptura o un gran acuerdo político, circunstancias que no se han dado ni son probables en México. Señalan también que no hay ningún problema del orden constitucional que no se pueda resolver mediante una reforma —opinión en la que concurre Diego Valadés— y que, en todo caso, la cuestión central es de cumplimiento y eficacia de las normas constitucionales, no tanto de su contenido o diseño.<sup>31</sup> Vale la pena citar los argumentos centrales de Valadés, expresados ya en 1998:

Una nueva Constitución implicaría revisar los consensos esenciales, sobre los que no hay discrepancias, pero que una vez reinscritos en la agenda del debate, volverían a encender ánimos ya apaciguados...<sup>32</sup>

Si los consensos básicos (régimen republicano y no monárquico, federal y no unitario, representativo y no de democracia directa) no están a discusión, “un nuevo constituyente no tiene propósito”.<sup>33</sup>

Lo que sí ocurre es que la Constitución ha perdido coherencia sistemática en sus enunciados, porque las cerca de cuatrocientas reformas practicadas a lo largo de casi ochenta años no siempre han tenido rigor técnico. En este sentido más que una nueva Constitución, cabría pensar en la utilidad de una revisión sistemática, una auténtica refundición, del texto vigente, para darle la unidad técnica y de estilo que ya perdió. Pero esto tampoco se debe considerar indispensable y, como bien podría ser otra puerta para que la discordia emergiera, resulta preferible conservar un texto semánticamente cuestionable, pero jurídica y políticamente funcional en la medida en que actualice los consensos operacionales.

Es en los consensos operacionales donde se centra la discusión y es en este ámbito donde se requiere de un gran esfuerzo innovador...<sup>34</sup>

Otro autor que ha defendido en numerosas ocasiones la propuesta de una nueva Constitución es Manuel González Oropeza. Véase “Renovación constitucional”, en *Hacia una nueva constitucionalidad...*, cit., pp. 229-238.

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, Carpizo, Jorge, “México: ¿hacia una nueva Constitución?”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, cit., pp. 85-104 (especialmente 100 y ss.).

<sup>32</sup> Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, p. 409.

<sup>33</sup> *Idem.*

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 410.

Por mi parte, tampoco considero que haya condiciones para un congreso constituyente, porque la lógica de las reformas en México, desde hace más de treinta años, ha sido la de realización de cambios parciales y puntuales, al calor de los consensos particulares que van forjando las fuerzas políticas, esto es, no existe un consenso básico suficiente que permita abrir o reabrir muchos de los temas constitucionales a un debate constituyente, por lo que dichas fuerzas preferirán los cambios particulares en lugar de la revisión integral de la Constitución. Aunque pudiera pensarse en una asamblea electa con el único propósito de revisar integralmente el *texto* constitucional, con un mandato limitado y definido (como ocurrió en Argentina en 1994), no hay garantía de que tal asamblea se circunscribiera a él.<sup>35</sup>

Más todavía, la propuesta de aprobación de una nueva Constitución parece caer en un círculo vicioso y corre también el riesgo de apuntalar el “fetichismo de la ley” a que nuestras sociedades han sido proclives desde el siglo XIX. En efecto, pareciera que la transición no ha culminado porque no se ha aprobado una nueva Constitución, pero no se ha promulgado una nueva ley fundamental porque hay fuerzas políticas que no tienen interés en concluir de ese modo el proceso de cambio político. Pero aún si se lograra romper este círculo vicioso, quienes proponen la aprobación de la nueva Constitución parecen creer que ésta, por sí misma, producirá una transformación sustancial de las condiciones imperantes.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Jaime Cárdenas propone una estrategia similar para la aprobación de una nueva Constitución: la reforma del artículo 135 de la Constitución de 1917 (relativo al procedimiento de reforma constitucional), junto con una ley de consulta que contuviera ya un proyecto de Constitución elaborado de manera plural, para ser discutido, como tarea exclusiva, por la Asamblea Constituyente, una vez que el pueblo aprobara su convocatoria. Véase *Una Constitución para la democracia*, cit., pp. LXXXVI y ss.

Negretto (*op. cit.*) explora las condiciones que han llevado a la aprobación reciente de nuevas constituciones en América Latina, como la reforma constitucional de Argentina en 1994, la Constitución colombiana de 1991 y la ecuatoriana de 1998. No parece que las condiciones prevalecientes en su momento en dichos países (fragmentación política, crisis del Estado, incertidumbre electoral, inestabilidad gubernamental, etcétera) estén suficientemente próximas a las vigentes en México.

Además de todos los argumentos ya señalados, hay una complicación adicional que generaría un Congreso Constituyente: la necesidad de revisar integralmente las constituciones de los estados, más una posible Constitución del Distrito Federal (debo esta observación a Daniel Barceló). Algunos estados ya lo han hecho en años relativamente recientes, como el Estado de Veracruz en 2000.

<sup>36</sup> Así parece pensarlo Jaime Cárdenas cuando señala lo siguiente: “La generación de la transición democrática que la constituimos todos nosotros, no ha logrado comprender a cabalidad *la importancia que tendría un nuevo texto constitucional para transfor-*

Contra la tentación “fetichista”, Martín Díaz y Díaz aduce contundentemente lo que sigue:

Lo primero que se debe tener en mente es que una concepción fetichista de la Constitución puede filtrarse en los propósitos innovadores, haciéndonos pensar que la sustitución de un texto por otro apareja en sí mismo su eficacia... [E]l único indicador confiable desde la perspectiva de un nuevo pacto constitucional, sería una práctica social normalizada y previamente arraigada en el sentido que se pretendiera conferir al nuevo texto.<sup>37</sup>

Por último, detrás de la propuesta de una nueva Constitución se encuentra en ocasiones una especie de “maximalismo antipolítico”, pues aunque se reconoce que en los últimos años se han incorporado en el ordenamiento constitucional muchos cambios que los constitucionalistas mexicanos exigen desde hace tiempo, el horizonte de lo que debe contener la Constitución sigue siendo el mismo, es decir, siguen pendientes los cambios políticos de fondo y las transformaciones constitucionales que permitirán alcanzar la democracia plena.<sup>38</sup> Sin embargo, son precisamente esos cambios de fondo los que impiden un consenso político más amplio. Sería mejor reconocer que, de un modo u otro, se ha avanzado en la reducción paulatina de la lista de los cambios deseables en la Constitución; que esa reducción implica mejoras graduales y cualitativas en la dinámica política, y que tal incrementalismo, aunque insatisfactorio de momento, podría facilitar algunas de las modificaciones de fondo que, sin duda, todavía hacen falta.

## 2. ¿Un nuevo punto de partida?

Todo lo expuesto hasta este punto nos lleva a pensar que, con alta probabilidad, no es posible, de momento, alterar sustancialmente la dinámica

*mar el status quo imperante, que no es democrático, ni igualitario ni libertario” (subrayado nuestro). Véase *Una Constitución para la democracia, ult. cit.*, p. XIX.*

<sup>37</sup> Díaz y Díaz, “La transición constitucional...”, *cit.*, p. 188. Este autor agrega que “ninguno de los liderazgos políticos existentes tiene la capacidad y el prestigio para convocar legítimamente a tal empresa” (p. 188) y que “escasean también los especialistas que puedan pensar constructivamente en los nuevos enfoques” (p. 189).

<sup>38</sup> Interpreto en este sentido a Cárdenas, *Una Constitución para la democracia, cit.*, pp. XX y ss., quien hace un repaso muy extenso de las reformas constitucionales posteriores a la primera edición de su libro y muchas de las cuales él mismo preconizó en 1996, pero sigue pensando que no son todavía los cambios de fondo que necesita nuestra orden constitucional.

de la reforma constitucional y que, aún si se lograra el consenso a favor de una nueva Constitución, el texto resultante quizá volvería a estar sujeto a las mismas presiones que en la actualidad provocan su frecuente modificación. Por tanto, conviene explorar otros modos de mejorar e incluso optimizar el *texto constitucional*, bajo la expectativa de que ello pudiera conducir, más adelante, a una dinámica constitucional distinta. Dicho en otras palabras: existe una estrategia que permitiría revisar integralmente el texto constitucional, corrigiendo sus defectos, deformaciones y disfunciones. Dicha estrategia consistiría en la *reordenación*, primero, y la *reducción*, después, del texto constitucional, en combinación con la introducción de las llamadas *leyes orgánicas constitucionales*, que son leyes que exigen un quórum de votación especial y que tienen por propósito el desarrollo de los preceptos constitucionales, evitando que éstos asuman carácter reglamentario. La estrategia debería incluir, en lo posible, una modificación al procedimiento de reforma y adiciones a la Constitución que prevé el artículo 135 para diferenciar diversos tipos de modificaciones al texto constitucional,<sup>39</sup> así como para evitar la realización de modificaciones al texto constitucional que no son seguidas de la legislación secundaria que permite aplicarlas.

No se trata de una propuesta nueva. Como vimos arriba, Diego Valadés ha sugerido, desde hace tiempo, una refundición del texto constitucional, para restaurar la unidad de técnica y estilo que ha perdido.<sup>40</sup> En este sentido, Héctor Fix-Zamudio y otros autores han insistido también en la importancia de introducir en nuestro ordenamiento las leyes orgánicas o leyes constitucionales como leyes de desarrollo de los preceptos constitucionales, a fin de modificar las tendencias reglamentarias actuales en el proceso de enmienda al texto constitucional. Las llamadas “leyes orgánicas constitucionales”, “leyes constitucionales” o de “leyes desarrollo constitucional”, son leyes que requieren un quórum especial de votación que se encuentra entre el necesario para aprobar las leyes ordinarias y el requerido para una reforma constitucional. Se trata entonces de leyes que serían, en principio, más rígidas que las leyes ordinarias, pero menos que el texto constitucional, cuya reforma exige la participación de las entidades federativas.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Debo esta sugerencia a Gabriel Negretto.

<sup>40</sup> En 1998, Valadés no consideraba que esto fuera indispensable, pues también escondía riesgos y peligros. Quince años después sí lo es.

<sup>41</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, cit., pp. 191-228. Este autor recuerda que esta misma propuesta ya la había hecho Mariano Otero, con un propósito similar, en el



Además de la anterior, en tiempos recientes se discute con mayor intensidad algunas propuestas particulares para crear una Constitución breve que establezca los principios y lineamientos fundamentales del Estado mexicano, dejando a una o varias leyes constitucionales el desarrollo reglamentario y técnico de las instituciones constitucionales.<sup>42</sup>

¿Cuáles serían los lineamientos esenciales de tal trabajo de revisión del texto constitucional para que fuera viable técnica y políticamente en las condiciones actuales?

Resulta imprescindible que el texto que sea producto del ejercicio de revisión se reconozca como *sustancialmente idéntico*, en contenido y redacción (aunque no en extensión), a la Constitución vigente, es decir, la Constitución de 1917 conservaría su valor simbólico, derivado de su longevidad y de la funcionalidad que se le reconoce en la gestación del México contemporáneo. Para ello, sería indispensable respetar el número total de artículos y la distribución general de materias que contiene el texto actual. Así, por ejemplo, habría que mantener la ubicación de algunos artículos emblemáticos, como el 3o. (educación), el 27 (dominio de la nación sobre los recursos naturales y propiedad agraria), el 103 y 107 (juicio de amparo), el 123 (derechos de los trabajadores) y el 130 (relación del Estado con las iglesias y asociaciones religiosas), a pesar de que ello fuera en contra de una reordenación estrictamente técnica.

Por supuesto, esta revisión no impediría corregir algunos defectos evidentes de redacción y técnica del texto actual. Una revisión más ambiciosa, aunque sujeta a ciertas condiciones políticas, aprovecharía la

contexto de la llamada Acta de Reformas, que restauró la Constitución Federal de 1824 e introdujo por primera vez el juicio de amparo a nivel nacional, por influjo del propio Otero. Fix-Zamudio hace también referencia a la existencia de estos ordenamientos en Francia, España y varios países latinoamericanos, y si bien se pronuncia por su introducción en el derecho mexicano, no define la manera específica en que esto podría hacerse. Un estudio más amplio y acabado es el de Sepúlveda, Ricardo, *Las leyes orgánicas constitucionales*, México, UNAM-Porrúa, 2006, con prólogo de Fix-Zamudio.

Desde el punto de vista terminológico quizá sea preferible la denominación de “leyes de desarrollo constitucional”, pues leyes “orgánicas” tiene una connotación precisa en nuestro derecho; la de “leyes constitucionales” tiene la desventaja de que no existe como categoría en el derecho mexicano, por lo que más bien se opone a la de “leyes inconstitucionales”.

<sup>42</sup> Véase Pino Muñoz, *op. cit.*, pp. 266 y siguientes. Resulta significativo que este autor vincule su propuesta de una Constitución breve, limitada a las bases del ordenamiento constitucional, a la posibilidad de su conocimiento, divulgación y respeto por parte de los habitantes de la República (p. 268).

oportunidad para hacer algunos ajustes de mayor alcance en el texto constitucional, pero de momento nuestra propuesta deja fuera tal opción.

¿Cuáles serían los pasos a seguir en la reordenación y reducción del texto constitucional? La propuesta podría seguir los pasos que a continuación se describe:

- *Primero.* Reordenar los párrafos que integren el texto vigente de una materia constitucional que tenga unidad conceptual, institucional o competencial (por ejemplo, los derechos fundamentales, la regulación del régimen económico, el Poder Judicial), distribuyéndolo en artículos que tengan mayor coherencia temática y una extensión más uniforme.
- *Segundo.* Corregir los errores más evidentes de redacción y técnica legislativa, pero evitando introducir cambios que requerirían algún tipo de debate constitucional sustantivo.
- *Tercero.* Determinar qué partes del texto constitucional tienen carácter reglamentario, a fin de que solo queden en el texto constitucional sus lineamientos esenciales y su reglamentación específica se reenvíe a una ley de desarrollo constitucional. Claramente, este paso afectaría más a las disposiciones orgánicas de la Constitución que a la declaración de derechos fundamentales, aunque también en esta materia cabría pensar en algunos lineamientos comunes y, en lo posible, en una modernización y actualización del lenguaje empleado en el texto constitucional.
- *Cuarto.* Reintegrar las diversas partes del texto constitucional reordenado y reducido, lo cual exigirá una adecuación final del texto constitucional en su conjunto.

Estos pasos deben ir acompañados necesariamente de notas y explicaciones de cuáles han sido los cambios intentados y cuáles las razones que los justifican. Como se dijo, este procedimiento no implica hacer propuestas de corrección o cambios mayores en cuestiones que requerirían un debate constitucional específico (por ejemplo, la exclusión de las leyes tributarias del ámbito de la declaración general de inconstitucionalidad, que ha sido criticada por la doctrina, pero cuya modificación presenta obstáculos políticos y financieros). El texto resultante, que podría ser elaborado por una comisión de trabajo conformada por académicos y representantes de los demás sectores sociales, sería presentada como iniciativa al Congreso de la Unión, así como a las legislaturas de los estados, bajo un esquema de *fast track*, es decir, que pudiera ser adoptada o rechazada en su conjunto, sin

introducción de modificaciones. De otro modo, se corre el riesgo de que el ejercicio de reordenación y reducción del texto constitucional caiga en la dinámica de la reforma constitucional que justamente se pretende superar. Además de lo anterior, es indispensable también que el nuevo texto constitucional se apruebe conjuntamente con las leyes orgánicas o de desarrollo constitucional que permiten y hacen viable su reordenación y reducción. Como paso último del procedimiento, podría pensarse en someter el texto constitucional renovado a referéndum popular, aunque esta hipótesis no está prevista expresamente en el actual texto constitucional, que solo habla de “consultas populares sobre temas de trascendencia nacional” (artículo 35, fracción VIII).

También sería ésta la oportunidad de introducir procedimientos diferenciados de modificación al texto constitucional, dependiendo de la importancia y extensión de los cambios (reformas puntuales o revisión parcial), así como de la parte de la Constitución que afecten;<sup>43</sup> asimismo conviene pensar en la posibilidad de exigir que toda iniciativa de reforma constitucional vaya acompañada de los proyectos de la legislación secundaria que fuera necesaria para aplicar aquélla, aunque ello no implique que el Congreso tenga que discutirlos de manera concomitante; todo ello tendría igualmente el propósito de alterar y reorientar la dinámica actual de la reforma constitucional.

En conjunto, se trata de un proyecto muy ambicioso, pero que adquiere urgencia y quizá viabilidad política en la perspectiva del centenario de la Constitución mexicana que está próximo a celebrarse. Pero más allá de su viabilidad política y su puesta efectiva en práctica, es preciso seguir reflexionando sobre la relación del texto constitucional con los modelos y la cultura de la Constitución, buscando elementos que le den un sustento más amplio y profundo a una nueva dinámica de la reforma constitucional.

<sup>43</sup> Así, por ejemplo, la Constitución española de 1978 prevé dos procedimientos distintos para la reforma constitucional. De acuerdo con el artículo 167, los proyectos de reforma constitucional deben ser aprobados por una mayoría de tres quintos en cada una de las cámaras de las Cortes generales. Después se somete la reforma a referéndum para su ratificación. Si la reforma implica una revisión total de la Constitución o parcial que afecte al Título Preliminar, al capítulo II, sección 1ª del Título I (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”), o al Título II (“De la Corona”), el proyecto debe ser aprobado por mayoría de dos tercios en cada cámara, seguido de la disolución inmediata de las Cortes. Las nuevas cámaras deben ratificar la decisión por la misma mayoría, y luego se somete la reforma a su ratificación mediante referéndum (artículo 168).

#### IV. MODELOS DE CONSTITUCIÓN Y TEXTO CONSTITUCIONAL

Antes de examinar el posible impacto de los “modelos de Constitución” en la extensión y calidad de los textos constitucionales, es preciso preguntarse, como lo hace Frederick Schauer, si las diferencias evidentes en estilo y detalles textuales de las Constituciones del mundo son relevantes o más bien carecen de consecuencias. Dicho en otras palabras: la pregunta es si los textos constitucionales (o de manera más general, los textos jurídicos), una vez descontadas las diferencias políticas y sociales entre los países, son capaces de producir, en razón de sus contenidos comunes, los mismos resultados y los mismos procesos de razonamiento constitucional (jurídico); o bien, si los textos y los estilos textuales, una vez descontadas las mismas diferencias, permiten esperar la presencia de distintas metodologías y diversos resultados constitucionales (jurídicos).<sup>44</sup>

Al respecto existen, como es razonable suponer, argumentos a favor de ambas posturas. Para quienes las variaciones en el estilo y el nivel de detalle del texto constitucional (o jurídico) son fundamentalmente irrelevantes, el texto formal tiene, si acaso, un reducido impacto en los resultados que produce y en sus diferencias, mientras que la cultura política y jurídica, lo mismo que las preferencias de los jueces, son factores con peso explicativo mucho mayor de tales resultados y sus diferencias.<sup>45</sup> De acuerdo con esta perspectiva, un mismo texto constitucional producirá resultados diferentes en distintos contextos sociales y políticos, como lo sabemos muy bien en América Latina, donde los ordenamientos constitucionales han tomado como base, muchas veces literalmente, el texto de algunas Constituciones extranjeras, pero cuya aplicación en la realidad ha seguido rumbos muy distintos a los del país de origen. Son muy conocidas pero también muy debatibles, en este sentido, las observaciones de Alexis de Tocqueville sobre la adopción del modelo del federalismo norteamericano por México:

<sup>44</sup> Schauer, Frederick, “Constitutional Invocations”, *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997, p. 1296.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 1296-1297. Schauer ubica en esta postura a las escuelas del Realismo Jurídico y de los Estudios Jurídicos Críticos (*Critical Legal Studies*) en los Estados Unidos.

La Constitución de los Estados Unidos se parece a esas bellas creaciones de la industria humana que colman de gloria y de bienes a quienes las inventan, pero que son estériles en otras manos.

Esto es lo que México ha demostrado en nuestros días.

Los habitantes de México, queriendo establecer el sistema federativo, tomaron por modelo y copiaron casi enteramente la constitución federal de los angloamericanos, sus vecinos. Pero al trasladar a su patria la letra de la ley, no pudieron transportar al mismo tiempo el espíritu que la vivifica.<sup>46</sup>

La visión opuesta, que según señala Schauer, a menudo es denigrada como “formalismo” o “textualismo”, sostiene, descriptivamente, que las diferencias de contenido y estilo de los textos jurídicos pueden producir diferencias de resultados, y frecuentemente lo hacen. Desde un punto de vista normativo, esa misma visión considera que la lectura más directa (*straightforward*) de un texto jurídico es con frecuencia la aproximación más deseable a la interpretación, aun cuando tal enfoque obstaculice la realización judicial de resultados óptimos desde el punto de vista moral o constitucional.<sup>47</sup>

¿Cuál de ambas visiones es correcta y cuál resulta más conforme a nuestra vida constitucional? El análisis nos diría que la primera visión describe la *realidad* de la vida constitucional, pues encuentra soporte en la historia y la experiencia política de nuestras naciones. Sin embargo, la segunda visión parece ser aquella que, *idealmente*, han perseguido las elites políticas latinoamericanas, empeñadas en transformar, a partir de la ley, la realidad social imperante.<sup>48</sup> En este contexto se entiende que la tendencia haya sido a elaborar textos constitucionales detallados y extensos que prefiguren, de manera precisa, los resultados sociales que la norma debiera producir, así como a promover su reforma frecuente cuando dichos resultados no se alcanzan o son insatisfactorios. Sin embargo, como

<sup>46</sup> Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, vol. 1, p. 154.

<sup>47</sup> Schauer, *op. cit.*, p. 1298.

<sup>48</sup> El precio a pagar ha sido la disfuncionalidad permanente de los modelos constitucionales importados. Martín Díaz y Díaz lo expresa de modo inmejorable así: “El pasado colonial de los países latinoamericanos —sobre todo los que se desarrollaron sobre la base de grandes civilizaciones aborígenes— marcó desde el principio un contraste con los modelos normativos de la modernidad. Las diferencias eran radicales: aquí no se trataba de encontrar una fórmula racional para el ejercicio moderno del poder, sino de adaptar las soluciones ilustradas a unas sociedades con fuertes reminiscencias premodernas. Este complicado proceso de acoplamiento estructural produjo los traumas y fisuras que nuestra vida institucional resiente incluso hasta la actualidad” (*op. cit.*, p. 171).

efecto en el largo plazo cabría esperar, siempre que no variaran sustancialmente las coordenadas políticas y valorativas del proyecto histórico subyacente (la “modernidad”), la realización y el arraigo paulatinos de algunas de las instituciones y de los principios constitucionales adoptados. En resumen, la primera visión explicaría el resultado fundamental de nuestra trayectoria constitucional, desde una perspectiva objetiva (“científica”), mientras que la segunda implica un proyecto subjetivo que, no obstante todas sus carencias, ha logrado, e intenta todavía, alterar la trayectoria de unas sociedades marcadas históricamente por la desigualdad y la injusticia.

Veamos ahora la propuesta de “modelos de Constitución” de Michel Troper y su vinculación con los textos constitucionales.<sup>49</sup> Troper identifica dos modelos: la Constitución como “máquina” y la Constitución como “norma”. El primer modelo implica una visión mecanicista —característica de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX— de la vida política, conforme a la cual la Constitución debe diseñar de tal manera la distribución de poderes —diríamos ahora: la distribución de incentivos institucionales— que el resultado sea un régimen de libertad en el que la autoridad que sobrepase sus competencias, más que ser sancionada, encontrará por fuerza la oposición y resistencia de otra autoridad que la modere.<sup>50</sup> Evidentemente, este modelo corresponde al principio clásico de los “pesos y contrapesos” (*checks and balances*) y su mejor ejemplo sería la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787. Desde el punto de vista textual, el modelo no requiere un texto extenso y detallado, sino un texto *bien diseñado* para ser *eficaz* y producir *libertad*.

En cambio, de acuerdo con el modelo “normativo”, la Constitución es, antes que nada, obligatoria:

Desde el punto de vista de los constituyentes, se espera que la Constitución respete dos elementos: la claridad y precisión de los textos, que permitan conocer la naturaleza y el contenido de las obligaciones a las que se está sometido; la consciencia del carácter obligatorio de las disposiciones constitucionales. A estos dos elementos se añade a veces el establecimiento de controles destinados a constatar las violaciones y sancionarlas.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Troper, Michel, “La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución”, *Doxa*, Alicante, vol. 22, 1999, pp. 331-347.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 337.

Mientras el funcionamiento del primer modelo es resultado de las constricciones introducidas en su texto, el segundo depende del enunciado de la obligación, de la sumisión a ella por parte de sus destinatarios.<sup>52</sup>

Esta concepción de la Constitución como “norma”, que en lo fundamental es la predominante hoy, no deja de ser problemática. Troper señala que no hay ninguna garantía de que las reglas enunciadas en el texto constitucional sean efectivamente aplicadas. Aún el establecimiento de controles tampoco es garantía, porque no puede asegurarse que los controladores se sometan a las reglas que deben aplicar.<sup>53</sup> Específicamente, las autoridades creadas por la Constitución ejercen un grado apreciable de discrecionalidad en la interpretación de sus competencias, porque los textos constitucionales jamás son tan claros “que no sean susceptibles de diversas interpretaciones, de forma que los constituyentes no pueden saber qué interpretación les será dada”.<sup>54</sup> Si además tomamos en cuenta que los poderes públicos están sometidos a normas distintas de las constitucionales, en particular a las que rigen las relaciones partidarias, podremos entender fácilmente por qué “el funcionamiento efectivo es casi siempre diferente del que deseaban organizar los autores de la Constitución”.<sup>55</sup> La creación de controles de tipo jurisdiccional tampoco resuelve el problema, porque las jurisdicciones también son autoridades constituidas. La proclamación de la *supremacía* del texto constitucional —su jerarquía superior a todas las demás normas del orden jurídico— no tiene ningún efecto sin un control que garantice esa supremacía, porque estructuralmente las normas constitucionales no son fácilmente distinguibles de cualquier otra norma jurídica.<sup>56</sup>

En conclusión:

... la eficacia de una Constitución basada en la concepción normativa no puede depender de su carácter obligatorio o de la existencia de sanciones, sino solamente de la buena voluntad y la buena fe de quienes, autoridades consti-

<sup>52</sup> *Idem.*

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 331.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 337.

<sup>55</sup> *Idem.*

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 338. Troper señala explícitamente que entonces no es la supremacía la que conduce al control, sino el control el que crea la supremacía constitucional. En relación con este punto, recordemos que en la concepción luhmanniana del sistema jurídico, sus operaciones son circulares, sin distinción de niveles normativos. Son las asimetrías de tipo político e institucional las que crean tales niveles y su definición jerárquica.

tuidas ordinarias y controladores, están sometidas a ella y la obligación de la que se trata no es finalmente más que una obligación moral.<sup>57</sup>

A pesar del diagnóstico pesimista de Troper sobre la eficacia de las Constituciones de acuerdo con el modelo normativo, podemos entender que sea el predominante en la actualidad, pues en las sociedades contemporáneas se pretende que tanto las Constituciones como el orden jurídico que emana de ellas cumplan muchas más funciones que el mero control del poder para el efecto de garantizar la libertad, que era la preocupación predominante de los primeros constituyentes frente al absolutismo que se proponían abolir.

Ahora nos preguntamos: ¿cuál es el efecto del modelo normativo de Constitución sobre el texto constitucional? No es difícil darse cuenta que tal modelo propicia textos cada vez más extensos y detallados, ya que los constituyentes —y los reformadores de las Constituciones— querrán enunciar obligaciones cada vez más explícitas y acabadas, a fin de hacer prevalecer su voluntad por encima de la de las autoridades constituidas. Se genera así una dinámica en la que las desviaciones de las autoridades constituidas frente al texto constitucional se atribuyen a interpretaciones erróneas o al uso inadecuado, real o potencial, de sus márgenes de apreciación, de modo que es precisa la intervención del constituyente para poner en claro, de manera explícita y de una vez para siempre, cuáles son las obligaciones a que están sometidas tales autoridades.<sup>58</sup>

Resulta interesante observar que algunos estudiosos del llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (NCLA) resaltan de manera expresa y enfática este propósito de las Constituciones recientes en la región y defienden, por tanto, la conveniencia de un texto constitucional tan extenso y detallado como sea necesario. Así, por ejemplo, Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau subrayan la amplitud y extensión del articulado constitucional como uno de los elementos formales comunes en el NCLA.<sup>59</sup> Vale la pena citar sus reflexiones con alguna amplitud,

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

<sup>58</sup> Muchas de las modificaciones al texto de la Constitución de 1917 son de este tipo y coinciden con las que Valadés denomina “explicativas” o “correctivas”. Algunas se han producido, por ejemplo, para afirmar, corregir o prevenir las interpretaciones constitucionales de la Suprema Corte de Justicia.

<sup>59</sup> Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?”, Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de Derecho Constitucio-



por la forma tan explícita y contundente con la que sostienen las ventajas políticas, democráticas y jurídicas, de un texto constitucional extenso:

Otro hecho fácilmente destacable es la *extensión* de las nuevas constituciones. Esta característica debe entenderse relacionada con otro de sus aspectos más relevantes: su *complejidad*. Tanto la extensión como la complejidad del texto constitucional han sido expresamente buscadas por el constituyente, consciente de que ni el espacio físico ni la búsqueda a toda costa de la simplicidad textual podían levantarse como obstáculos a la redacción de un texto constitucional que debe ser capaz de dar respuestas a aquellas necesidades que el pueblo solicita a través del cambio a su Constitución. Sin llegar a ser códigos, las nuevas constituciones se rebelan contra la brevedad, tan aclamada desde la época nominalista y que, en buena medida, es una constante en el constitucionalismo en general, y en el norteamericano en particular.<sup>60</sup>

Esta gran extensión de los textos constitucionales recientes no es realmente una novedad, sino que los hace herederos, según Viciano Pastor y Martínez Dalmau, de la tradicional presencia de textos dilatados y prolíficos en el constitucionalismo latinoamericano clásico.<sup>61</sup>

Pero en estos tiempos, asimilan la necesidad de ejercer otra función mucho más importante que la prevalencia de la tradición. La permanencia de la voluntad del constituyente, que busca ser resguardada en la medida de lo posible para evitar su olvido o abandono por parte de los poderes constituidos, una vez la Constitución ingrese en su etapa de *normalidad*. Con independencia del hecho de que la explicación política del hecho es clara —la necesidad

nal, México, 6-10 de diciembre de 2010, consultable en <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>, visitado el 22 de agosto de 2013.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 15 y 16 (subrayados de los autores). Los autores entienden por “complejidad” la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible. Afirman también que “las nuevas constituciones son esencialmente principistas”, es decir, que los principios, tanto implícitos como explícitos, abundan en sus textos, “en detrimento de las reglas que aunque presentes, ocupan un lugar limitado a los casos concretos en que su presencia es necesaria para articular la voluntad constituyente” (p. 15; véase también pp. 16 y 17). Esta afirmación parecería entrar en contradicción con la extensión misma y el detalle de los textos constitucionales, por lo que tendría que verificarse mediante el análisis riguroso de tales textos. Por lo demás, su observación sobre el constitucionalismo norteamericano es cierta solamente de manera parcial, si atendemos a lo que sucede con las constituciones de los estados de la Unión Americana. Véase lo señalado en la nota 8, *supra*.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 16.

de superar la falta de una verdadera relación entre voluntad constituyente y poder constituido en el constitucionalismo latinoamericano anterior— el planteamiento jurídico también lo es: extender el mandato lo suficiente como para que, en el ejercicio de sus funciones, el poder constituido respete las consideraciones del constituyente en detalle y con todas sus implicaciones. En definitiva, la extensión considerable en el nuevo constitucionalismo latinoamericano es debida a la necesidad del poder constituyente de expresar claramente su voluntad, lo que técnicamente puede desembocar en una mayor cantidad de disposiciones, cuya existencia busca limitar las posibilidades de los poderes constituidos —en particular, el parlamento, que ejerce la función legislativa, y el Tribunal Constitucional, que desarrolla la máxima función interpretativa— de desarrollar o desentrañar el texto constitucional en sentido contrario a la que fue la voluntad del constituyente.<sup>62</sup>

Dejando de lado las evidentes debilidades de esta argumentación,<sup>63</sup> resulta difícil encontrar una formulación más explícita y contundente del modelo de Constitución que Troper denomina “normativo”, con todas sus ventajas y problemas. En este sentido, el NCLA no sería tan nuevo como se autoproclama, sino solo el desarrollo extremo de algunas características del constitucionalismo general contemporáneo, con la consecuencia de que, en este contexto, se acabe por desalentar e incluso se llegue a combatir, por constituir obstáculos a la voluntad auténtica del pueblo soberano, los controles —los pesos y contrapesos— que preconiza el modelo de Constitución como “máquina”.

En conclusión: Schauer y Troper nos proponen reflexiones y modelos coincidentes y complementarios que nos ayudan a entender por qué se da en nuestra región la tendencia a la proliferación de textos constitucionales dilatados y detallados. No se trata de un mero capricho o de una moda, sino que es una tendencia enraizada en la manera en que el constitucionalismo se ha originado y se ha desarrollado entre nosotros. Es parte de nuestra “cultura constitucional”, lo cual no significa que esta cultura deba aceptarse como inalterable e intangible.

<sup>62</sup> *Idem.*

<sup>63</sup> La principal consiste en suponer, por razones ideológicas, que ahora sí se manifiesta en las nuevas constituciones un poder constituyente auténtico, derivado de la voluntad del pueblo, y superior y distinto, por tanto, a la voluntad e intereses de los poderes constituidos. Lo cierto es que estos últimos pueden manipular, más o menos a su conveniencia, incluso y particularmente en los países representantes del NCLA, la Constitución vigente, es decir, la voluntad del pueblo que les da origen y justificación. Véase nuevamente los ejemplos estudiados en Negretto, *op. cit.*

Pasemos ahora a revisar algunos elementos de la cultura constitucional general —la de la ciudadanía— con el propósito de buscar elementos que nos ayuden a entender aún mejor la dinámica de la reforma constitucional en México y otros países latinoamericanos.

## V. CULTURA DE LA CONSTITUCIÓN Y REFORMISMO CONSTITUCIONAL

Llegados a este punto, resulta necesario subrayar que el problema de la reforma constitucional no es solo una cuestión política o técnica, sino que el texto constitucional debe verse en un contexto cultural, en el marco de lo que puede denominarse “cultura de la Constitución”. Hay autores y debates en la teoría constitucional contemporánea que se centran en el concepto de “cultura constitucional”. A través de este concepto se pretende subrayar que la Constitución no es solamente un texto jurídico, cuya estudio estaría monopolizado por los juristas y cuya interpretación definitiva sería responsabilidad exclusiva de los jueces, sino un producto cultural que tiene funciones más amplias de integración social y representación simbólica de una comunidad.

Así, Peter Häberle propone considerar a la Constitución desde una perspectiva cultural que vaya más allá de su estudio e interpretación por los juristas; de esta idea deriva él el concepto de “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”, según el cual, todos los integrantes de una comunidad, por el hecho de vivir bajo un régimen constitucional, están autorizados y llamados a interpretar y dotar de sentido al texto constitucional, en un proceso circular y complejo en el que no existen las “últimas palabras”.<sup>64</sup> En los Estados Unidos, el debate se ha centrado en el concepto de “constitucionalismo popular”, el cual pone de manifiesto que las ideas y las interpretaciones constitucionales son producto de movimientos sociales que luchan por lograr que sus intereses y sus objetivos queden reconocidos en la vida constitucional.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001, *passim*. Häberle toma como punto de partida algunas ideas de la tradición constitucional alemana, como la “teoría de la integración” de Rudolf Smend.

<sup>65</sup> La bibliografía relativa es muy amplia, por lo que citamos solo unos cuantos trabajos: Gewirtzman, Doni, “Glory Days: Popular Constitutionalism, Nostalgia, and the True Nature of Constitutional Culture”, *Georgia Law Journal*, vol. 93, marzo de 2005, pp. 857-938; Mazzone, Jason, “The Creation of a Constitutional Culture”,

Un aspecto particularmente interesante del concepto de “cultura constitucional” es que puede ser operacionalizado desde una perspectiva empírica, es decir, es posible investigar cuáles son las percepciones, opiniones y conocimientos que tienen los integrantes de una sociedad en relación con su Constitución. En este sentido, Diego Valadés ha promovido la realización de las primeras encuestas nacionales sobre cultura constitucional en México y otros países de América Latina (Argentina, Bolivia y Costa Rica).<sup>66</sup> Se trata de estudios empíricos que tratan de elucidar, entre otros temas, cuál es la importancia y la función que atribuyen los ciudadanos a su Constitución y cuál es la presencia que tienen los debates constitucionales en la sociedad; cuál es el grado de conocimiento que poseen las personas sobre las disposiciones constitucionales y las principales instituciones públicas, y cuáles son los temas en los que consideran que el ordenamiento constitucional puede y debe actualizarse.

Aunque estas encuestas se hicieron con alcances más amplios que las cuestiones que se abordan en este trabajo, hay varias preguntas —algunas comparables entre países— que ofrecen elementos para conocer qué tanto los ciudadanos se identifican con su Constitución y, sobre todo, si

*Tulsa Law Review*, vol. 40, Summer 2005, pp. 471-698; Siegel, Reva B., “Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA”, *California Law Review*, vol. 94, octubre de 2006, pp. 1323-1419; Tushnet, Mark, “Popular Constitutionalism as Political Law”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, pp. 991-1006. El concepto empieza a permear también en la bibliografía académica latinoamericana. Véanse, por ejemplo, los ensayos reunidos en Alterio, Ana Micaela y Roberto Niembro Ortega (coords.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa-ELD, 2013. Resulta evidente por qué este concepto encuentra particular resonancia entre nosotros, dada la brecha inmemorial entre la ley escrita y las expectativas y demandas de las sociedades latinoamericanas.

<sup>66</sup> Véase Concha Cantú, Hugo A. et al., *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM, 2004. Las encuestas son similares y comparables en muchas de sus preguntas. En 2011 se realizó una segunda encuesta en México, cuyos resultados pueden consultarse en <http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/>.

Las encuestas levantadas en México en 2003 y 2011 fueron elaboradas por Julia Flores y su equipo de investigación; los cuestionarios de las encuestas levantadas en Argentina, Bolivia y Costa Rica se apoyaron en el cuestionario aplicado en México en 2003. Véase Hernández, Antonio María et al., *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, México, UNAM-Asociación Argentina de Derecho Constitucional-IDEA Internacional, 2005; Cordero, Luis Alberto et al., *Cultura de la Constitución en Costa Rica. Una encuesta nacional de actitudes, perspectivas y valores*, México, UNAM-Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano-IDEA Internacional, 2009 (el autor no tuvo acceso a la encuesta boliviana).

sus opiniones y percepciones podrían considerarse favorables o compatibles con el proyecto de reordenación y reducción del texto constitucional que aquí se propone. Por supuesto, los resultados no son unívocos, sino que tienen que ser sometidos a análisis e interpretación.

En lo que sigue se reproducen algunas de las respuestas relevantes de las encuestas mexicanas de 2003 y 2011 y donde sea posible se hará una comparación con las preguntas respectivas —iguales o similares— de las encuestas levantadas en Argentina y Costa Rica.

Las primeras preguntas que analizaremos se refieren al concepto y al significado de la Constitución para los ciudadanos, así como a la importancia que le atribuyen. La encuesta mexicana de 2003 planteó la siguiente pregunta abierta a una muestra de 300 entrevistados:

| ¿Qué significa para usted la Constitución? |           |
|--------------------------------------------|-----------|
|                                            | Menciones |
| Normas, reglas, leyes                      | 104       |
| Lo que rige al país                        | 47        |
| Órgano máximo                              | 18        |
| Derechos                                   | 15        |
| Orden, garantías y respeto                 | 12        |
| No sabe                                    | 11        |

Una pregunta adicional inquiriere por las razones de esta respuesta:

| ¿Por qué para usted la Constitución significa eso? |           |
|----------------------------------------------------|-----------|
|                                                    | Menciones |
| Ahí están las leyes                                | 48        |
| Porque la sociedad la necesita para convivir       | 41        |
| Es lo que nos rige                                 | 22        |
| Porque así está establecido                        | 18        |
| No se cumple                                       | 14        |

Fácilmente puede verse que las principales menciones de los entrevistados son de tipo formal (“normas, reglas, leyes”, “lo que rige al país”, “ahí están las leyes”), mientras que solo una minoría asocia con la Constitución alguna característica material o sustantiva (“órgano máximo”, “derechos”, “orden, garantía y respeto”, “la sociedad la necesita para convivir”); una pequeña minoría no sabe qué contestar, o asocia a la Constitución con incumplimiento e inutilidad.

Además de lo anterior, se pidió a los entrevistados de la encuesta principal (sobre una muestra nacional de 1800 habitantes mayores de 15 años), señalar la frase predeterminada que mejor describiera a la Constitución:

| De las siguientes frases, ¿cuál describe mejor la Constitución? |      |
|-----------------------------------------------------------------|------|
|                                                                 | %    |
| Protege mis derechos                                            | 36.2 |
| Organiza el gobierno                                            | 25.0 |
| No se respeta                                                   | 22.4 |
| Cambia a cada rato                                              | 9.7  |
| No sirve para nada                                              | 2.6  |

Como puede observarse, en esta última pregunta una mayoría (61.2%) identifica a la Constitución con los elementos que distinguen tradicionalmente a la ley fundamental: la protección de derechos y la institución del gobierno. Sin embargo, es también significativa la minoría de quienes la vinculan con elementos negativos distintos a los apuntados.

Las encuestas levantadas en Argentina y Costa Rica hicieron un planteamiento un poco distinto:<sup>67</sup>

| Argentina                                        |    | Costa Rica                                                      |      |
|--------------------------------------------------|----|-----------------------------------------------------------------|------|
| ¿Qué es para usted la Constitución Nacional? (%) |    | Para usted, ¿qué es la Constitución Política de Costa Rica? (%) |      |
| Lo que rige al país y la sociedad/la convivencia | 20 | Las leyes de Costa Rica                                         | 37.8 |
| Supremo, órgano máximo                           | 19 | Lo que rige al país                                             | 22.1 |
| Algo que se debe cumplir                         | 16 | Es donde están establecidas las leyes                           | 5.0  |
| Conjunto de normas, reglas, leyes                | 14 | Es el derecho que tenemos los costarricenses                    | 3.9  |
| Derechos y obligaciones                          | 11 | Los fundamentos para el país                                    | 2.4  |
| Un libro/ley que nadie quiere obedecer           | 5  | No sirve, no se cumple                                          | 1.3  |
| Una medida del gobierno/algo político            | 2  | El bienestar social                                             | 1.1  |
| Algo que no sirve/obsoleto/un libro más          | 2  | Leyes antiguas, obsoletas                                       | 1.1  |

<sup>67</sup> La encuesta mexicana de 2003 incluyó un ejercicio de asociación de léxico (asociación de palabras con la Constitución), aplicado a una muestra de 300 personas, que no podemos analizar aquí.

Esta pregunta iba acompañada de otra sobre la importancia de la Constitución:

|                 | Argentina                                                           | Costa Rica                                                                    |
|-----------------|---------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------|
|                 | ¿Qué tan importante cree usted que es la Constitución Nacional? (%) | ¿Qué tan importante es para usted la Constitución Política de Costa Rica? (%) |
| Muy importante  | 52                                                                  | 47.1                                                                          |
| Importante      | 37                                                                  | 38.9                                                                          |
| Poco importante | 8                                                                   | 9.2                                                                           |
| Nada importante | 1                                                                   | 1.6                                                                           |

Las respuestas revelan, en conjunto, algunos elementos comunes: por un lado, los ciudadanos reconocen que la Constitución es algo importante o muy importante, y que constituye un elemento que da fundamento y orientación a la convivencia social; por el otro, la identifican por sus rasgos más bien formales de cuerpo normativo, de conjunto de leyes, normas y reglas. La idea de derechos o de bienestar social también está presente, aunque en porcentajes muy menores. Llama la atención que un grupo minoritario, pero no insignificante, asocia la Constitución con obsolescencia e incumplimiento. En este sentido, los resultados son similares a los de la encuesta mexicana.

La siguiente pregunta se refiere al grado de cumplimiento de la Constitución en los tres países:

| México                                                       |      |      | Argentina                                                                |    | Costa Rica                                                                          |      |
|--------------------------------------------------------------|------|------|--------------------------------------------------------------------------|----|-------------------------------------------------------------------------------------|------|
| ¿Qué tanto cree que se cumple la Constitución en México? (%) |      |      | ¿Qué tanto cree que se cumple la Constitución Nacional en Argentina? (%) |    | ¿Qué tanto cree que se cumple o respeta la Constitución Política de Costa Rica? (%) |      |
|                                                              | 2003 | 2011 |                                                                          |    |                                                                                     |      |
| Mucho                                                        | 5.2  | 5.9  | Mucho                                                                    | 2  | Mucho                                                                               | 8.7  |
|                                                              |      |      | Bastante                                                                 | 11 | Bastante                                                                            | 17.9 |
| Poco                                                         | 68.1 | 59.3 | Poco                                                                     | 66 | Poco                                                                                | 64.4 |
| Nada                                                         | 19.3 | 21.4 | Nada                                                                     | 19 | Nada                                                                                | 6.3  |

Previsiblemente, los ciudadanos de los tres países consideran que el cumplimiento de su propia Constitución es deficiente. Aunque la escala no es exactamente la misma, es de notarse que el rubro “poco” está representado por porcentajes similares en los tres países, aunque, globalmente hablando, los costarricenses advierten un mejor nivel de respeto a su ley fundamental, con un porcentaje significativo de quienes ven que tal nivel es “bastante” y uno reducido de los que piensan que no se cumple “nada”, opción en la que tanto en México como Argentina es importante el sector que así contesta (alrededor del 20%).

Esta pregunta tiene que verse en el contexto de la interrogante sobre el conocimiento de la Constitución:

| México |                                                                                |      | Argentina                                                           |    | Costa Rica                                           |      |
|--------|--------------------------------------------------------------------------------|------|---------------------------------------------------------------------|----|------------------------------------------------------|------|
|        | ¿Qué tanto considera usted que conoce la Constitución: mucho, poco o nada? (%) |      | ¿Qué tanto considera usted que conoce la Constitución Nacional? (%) |    | ¿Qué tanto conoce usted la Constitución Política (%) |      |
|        | 2003                                                                           | 2011 |                                                                     |    |                                                      |      |
| Mucho  | 4.8                                                                            | 3.6  | Mucho                                                               | 3  | Mucho                                                | 2.6  |
|        |                                                                                |      | Bastante                                                            | 19 | Bastante                                             | 8.6  |
| Poco   | 72.6                                                                           | 65.1 | Poco                                                                | 62 | Poco                                                 | 69.1 |
| Nada   | 20.3                                                                           | 27.7 | Nada                                                                | 15 | Nada                                                 | 19.4 |

En los tres países, los ciudadanos confiesan un conocimiento reducido de la Constitución, si por “Constitución” entienden el documento formal así denominado. Algunas preguntas adicionales así parecen confirmarlo. Las encuestas en Argentina y Costa Rica plantearon preguntas sobre el año de aprobación de la Constitución vigente. En ambos países una amplia mayoría contestó erróneamente o dijo desconocer tal fecha.<sup>68</sup> En Argentina, casi 70% dijo no conocer los temas o cambios que se habían incorporado en la reforma constitucional más reciente de ese momento.

En el caso de México, el conocimiento de la Constitución parece deteriorarse entre 2003 y 2011, con una disminución de quienes dicen conocerla “mucho” y un aumento de los que no la conocen “nada”. Esto

<sup>68</sup> Argentina: “Sabe usted en qué año se dictó la Constitución Nacional?” Solo el 28% contestó, correctamente “1853”; 11% más dio una respuesta incorrecta, y 60% declaró no saber.

Costa Rica: a la pregunta “¿Sabe usted en qué año se creó la actual Constitución Política?”, 81.7% contestó que “no”.



podría deberse a que los ciudadanos perciben la rápida acumulación de reformas al texto constitucional, por lo que éste se les hace cada vez más ajeno. Sin embargo, esto es solo una hipótesis, a falta de preguntas específicas que exploren este tema. Pero también en el caso de México, algunas de las preguntas adicionales en las encuestas de 2003 y 2011 revelan que las personas sí tienen conocimientos específicos sobre las funciones de las principales instituciones públicas, sobre la vigencia de ciertas libertades o sobre la incorporación de determinados derechos en el texto constitucional. Así, a la pregunta, en 2011, de si los entrevistados saben o no saben que según la Constitución mexicana las mujeres y los hombres tienen igualdad de derechos, 75.2% responde que sí lo establece o lo establece en parte, aunque hay un porcentaje alto (17.4%) que no sabe o no contesta.

Resulta interesante destacar que hay una significativa correlación — más visible en el caso de México y Argentina, y más tenue respecto de Costa Rica— entre los porcentajes relativos al nivel de cumplimiento de la Constitución y los relacionados con el conocimiento constitucional de los ciudadanos. La correlación apuntada parece sugerir que el juicio positivo o negativo sobre el cumplimiento de la Constitución depende del conocimiento que el entrevistado considera tener sobre ella. Dicho en otras palabras: la falta de conocimiento de la Constitución lleva con alta probabilidad al juicio de que ésta no se cumple. No obstante lo anterior, las respuestas a la encuesta costarricense sugieren que los ciudadanos *sí* pueden distinguir entre su nivel de conocimiento constitucional y el nivel de cumplimiento o respeto a las normas fundamentales. Por tanto, podría suponerse que un mejor nivel de conocimiento de la Constitución le permitiría al ciudadano una apreciación más matizada y realista del respeto a la ley fundamental de su país.

¿Cuáles son las fuentes de conocimiento sobre la Constitución? En los tres países queda de manifiesto que el lugar donde las personas escuchan hablar por primera vez de la Constitución es la escuela y, en segundo lugar, el hogar.<sup>69</sup> Sobre dónde se escucha más hablar de la Constitución en la actualidad, en los tres países la principal respuesta se refiere a los medios de comunicación.<sup>70</sup> Adicionalmente, se preguntó a los entrevistados mexicanos si se hablaba mucho o poco de la Constitución:

<sup>69</sup> Escuela: México, 79% en 2003; Argentina, 85%; Costa Rica, 72.4%.

<sup>70</sup> Medios de comunicación: México, 31.3 (2003) y 27.7% (2011), si bien el porcentaje relativo a la escuela es mayor en 2003; Argentina, 68% (menciones acumuladas); Costa Rica, 57.3%.

| En general, ¿qué tanto considera usted que se habla de la Constitución: mucho o poco? |      |      |
|---------------------------------------------------------------------------------------|------|------|
|                                                                                       | 2003 | 2011 |
| Mucho                                                                                 | 10.4 | 6.6  |
| Poco                                                                                  | 74.2 | 58.1 |
| Nada                                                                                  | 12.8 | 26.7 |

En la pregunta anterior es importante, y creciente, el porcentaje de los entrevistados que no escuchan hablar nada de la Constitución.

Una batería más de preguntas se refiere a la adecuación de la Constitución a las necesidades del país, así como a la conveniencia o no de reformarla de manera parcial o total. Las encuestas mexicanas de 2003 y 2011 plantearon dicha alternativa en los siguientes términos:

| Por lo que usted piensa, ¿la Constitución que tenemos ahora...? (%) |      |      |
|---------------------------------------------------------------------|------|------|
|                                                                     | 2003 | 2011 |
| Es adecuada para las necesidades del país                           | 45.6 | 27.8 |
| Ya no responde a las necesidades del país                           | 42.1 | 56.5 |

Entre 2003 y 2011 aumenta de manera importante el porcentaje de quienes piensan que la Constitución vigente ya no responde a las necesidades del país y, por tanto, disminuye el número de quienes todavía la consideran adecuada. En consecuencia, resulta explicable también que haya un decremento en el grupo de quienes piensan que debe dejarse como está, de acuerdo con la siguiente tabla:

| En su opinión, ¿qué sería preferible: hacer una Constitución nueva, cambiarla sólo en parte o dejarla como está? (%) |      |      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|------|
|                                                                                                                      | 2003 | 2011 |
| Hacer una Constitución nueva                                                                                         | 23.3 | 18.6 |
| Cambiarla sólo en parte                                                                                              | 22.0 | 50.1 |
| Dejarla como está                                                                                                    | 40.1 | 22.5 |

El número de quienes ven la conveniencia de hacer una Constitución nueva se mantiene en un nivel similar entre 2003 y 2011, pero aumenta significativamente el grupo de los “reformistas”, es decir, de quienes están de acuerdo con un proceso de reformas parciales. Sin embargo, este resultado parece contradictorio con el de la siguiente pregunta de la encuesta de

2011, que inquirió expresamente sobre la conveniencia de un congreso constituyente:

| Por lo que usted piensa, ¿se debería o no se debería convocar a un congreso constituyente (para hacer una nueva Constitución)? (2011) |      |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Sí                                                                                                                                    | 47.2 |
| Sí, en parte                                                                                                                          | 24.6 |
| No                                                                                                                                    | 10.0 |
| No, en parte                                                                                                                          | 7.3  |
| No sabe/no contesta                                                                                                                   | 10.9 |

Nota: piensan sobre todo que es un necesario un congreso constituyente los jóvenes de 25 a 34 años, los que cuentan con estudios de licenciatura y quienes habitan en el norte del país.

Una mayoría clara —más del 70%— se pronuncia por la realización de un congreso constituyente, lo que es difícil de armonizar con la respuesta anterior. Quizás el factor explicativo sea el planteamiento directo de la pregunta. Además, quienes contestan “sí, en parte” posiblemente no tengan suficiente conciencia sobre las implicaciones de un congreso constituyente ni adviertan la contradicción con la respuesta anterior. En todo caso, podemos considerar que ambas preguntas apuntan al espíritu “reformista” ya señalado.

Las encuestas levantadas en Argentina y Costa Rica combinan las dos preguntas previas a esta última tabla de la siguiente manera:

| Algunos creen que hay que reformar la Constitución Nacional/Constitución Política porque ya no se adapta a la realidad del país. Otros creen que hay que dejarla como está. ¿Con cuál de las siguientes frases está más de acuerdo? (%) |    |                                           |      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|-------------------------------------------|------|
| Argentina                                                                                                                                                                                                                               |    | Costa Rica                                |      |
| Hay que reformarla                                                                                                                                                                                                                      | 56 | Hay que reformarla                        | 62.9 |
| --                                                                                                                                                                                                                                      |    | Hay que reformarla sólo en algunas partes | 22.8 |
| Hay que dejarla como está                                                                                                                                                                                                               | 30 | Hay que dejarla como está                 | 7.7  |
| No sabe/no contesta                                                                                                                                                                                                                     | 14 | --                                        | --   |

Como se puede advertir, en ambos países también hay un importante potencial “reformista” de la Constitución, mayor, por lo visto, en Costa Rica, que en la Argentina. Dicho espíritu reformista tiene claras raíces históricas, a juzgar por el número de Constituciones, proyectos constitucionales y reformas que se han dado en nuestros países a partir de las guerras de

independencia.<sup>71</sup> Como señala agudamente Sergio López-Ayllón, en nuestros países la ley (y en primer lugar la Constitución) tiene la función primordial de “instituir” y solo en un segundo momento de “regular”.<sup>72</sup> Esta es una característica constante de nuestra cultura jurídica.

La siguiente pregunta se inspira claramente en el concepto de “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” de Peter Häberle:

| Las personas que no saben de leyes, ¿deben o no deben opinar sobre los cambios a la Constitución/Constitución Nacional/Constitución Política? (%) |        |      |           |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|------|-----------|------------|
|                                                                                                                                                   | México |      | Argentina | Costa Rica |
|                                                                                                                                                   | 2003   | 2011 |           |            |
| Sí deben                                                                                                                                          | 40.8   | 48.3 | 50        | 52,4       |
| Sí, en parte                                                                                                                                      | 13.2   | 22.3 | 7         | --         |
| No deben                                                                                                                                          | 42.1   | 24.7 | 41        | 46.4       |

La tabla revela que casi la mitad de los ciudadanos entrevistados en los tres países —que podemos suponer que en una abrumadora proporción “no saben de leyes”— no se siente legitimado para opinar sobre los cambios constitucionales, es decir, no identifican a la Constitución como un patrimonio que les pertenezca. Posiblemente son también ciudadanos que se identifican poco con los temas públicos o se interesan escasamente por ellos: no sienten como propia la *res publica* (esto es algo que podrían elucidar otros ejercicios de opinión). Por el contrario, si los ciudadanos consideraran a la Constitución no solo como una ley sino como un patrimonio cultural propio, sus niveles de conocimiento y aprecio por su cumplimiento también se elevarían. En el caso de México, resulta interesante observar que entre 2003 y 2011 aumenta significativamente el número de quienes consideran poder opinar sobre los cambios a la Constitución, disminuyendo de manera importante quienes les niegan ese derecho a los ciudadanos sin conocimientos jurídicos.

En resumen, las encuestas sobre cultura constitucional que someramente hemos examinado revelan un panorama similar en los tres países: los ciudadanos consideran importante a la Constitución, aunque tienen de ella un concepto más bien formal y legalista, por lo que no se sienten legitimados a opinar sobre los cambios constitucionales, mientras que

<sup>71</sup> Negretto, *op. cit.*, cap. 1.

<sup>72</sup> López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997, cap. V. En la misma idea coincide Díaz y Díaz, *op. cit.*, *passim*.

una minoría no insignificante le niega relevancia, utilidad o actualidad; la mayoría se manifiesta desconocedora del texto constitucional y quizá también por ello considera que su nivel de cumplimiento es muy bajo. En cuanto a los medios que fomentan el conocimiento y divulgación de la cultura constitucional, los principales son la escuela y los medios de comunicación, pero su impacto no es suficiente para involucrar a los ciudadanos en los debates constitucionales que debieran interesar a todos, en tanto integrantes de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”.

Por el otro lado, en los tres países se advierte un visible espíritu “reformista”, pues un porcentaje importante de los ciudadanos señala que la Constitución de su país ya no es adecuada para las necesidades actuales de la sociedad y espera, por tanto, que la ley fundamental siga siendo objeto de modificaciones constantes. Esto genera, sin duda, una presión difusa, pero efectiva, sobre la clase política, lo que podría llevar a la revisión integral de la Constitución e incluso a un proceso constituyente.<sup>73</sup>

Los resultados anteriores no hablan unívocamente a favor o en contra de un ejercicio de reordenación y reducción del texto constitucional, porque promueven un reformismo que probablemente se seguirá manifestando en textos cada vez más detallados y extensos, en consonancia con la tradición constitucional latinoamericana y también con las corrientes que actualmente apoyan el llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Sin embargo, también pudieran aconsejar tal ejercicio desde el punto de vista del conocimiento de la Constitución, lo que podría conducir a una mayor participación de los ciudadanos en los debates constitucionales, a una apreciación más positiva del cumplimiento de la ley fundamental y, en general, a una mayor legitimidad e integración de la vida política e institucional de un país.

## VI. REFLEXIONES FINALES

Por supuesto, no necesitamos estudios empíricos para saber que en nuestros países la Constitución cumple de manera muy deficiente, si acaso,

<sup>73</sup> Negretto subraya que la incapacidad del Congreso colombiano para aprobar ciertas reformas a la Constitución de 1886 en los años setenta y ochenta del siglo pasado fomentó un movimiento de apoyo popular a una asamblea constituyente. Dicho movimiento, que logró articularse con algunas facciones reformistas de la élite política, logró la realización de un plebiscito, en el que cinco millones de ciudadanos estuvieron a favor de tal asamblea. Véase *Making Constitutions, cit.*, pp. 175-176.

funciones de unidad e integración sociales. Basta considerar la gran distancia que hay entre el país “legal” y el país “real”, así como las fuertes divisiones económicas, culturales y aún ideológicas que hay en las sociedades latinoamericanas,<sup>74</sup> para darnos cuenta de que estamos lejos de centrar en la Constitución la unidad simbólica de un proyecto social común. No hay todavía entre nosotros una versión latinoamericana del “patriotismo constitucional” del que hablaba Jürgen Habermas.<sup>75</sup>

Los modelos de Constitución y los datos de las encuestas que hemos examinado documentan, aunque de manera indirecta y no unívoca, estas deficiencias en las funciones simbólicas e integradoras de las Constituciones nacionales. La pregunta es si ofrecen elementos que den sustento a la propuesta central de este trabajo: la elaboración de un texto constitucional ordenado y reducido que incorpore mecanismos de reforma jurídica e institucional más flexibles y que eviten la modificación frecuente de la Constitución, todo ello con el objetivo de dar a ésta mayor presencia y visibilidad simbólica.

Pensamos que las dos encuestas de cultura constitucional levantadas en México ofrecen tales elementos: los ciudadanos tienen una expectativa reformista, hasta el punto de juzgar conveniente un congreso constituyente, por lo que es previsible esperar que continúen los cambios a la Constitución y las leyes; al mismo tiempo, consideran importante a la Constitución, pero dicen no conocerla y juzgan que no se cumple. Advierten que se habla de la Constitución principalmente en la escuela y en los medios de comunicación, pero no en forma suficiente; por otro lado, un grupo importante no se siente legitimado para opinar sobre ella. En consecuencia, la propuesta de una Constitución visible, que pueda ser

<sup>74</sup> Así lo señala, por ejemplo, Carlos Castillo Peraza, distinguido dirigente e ideólogo del Partido Acción Nacional (PAN), quien critica además que se convierta a la Constitución en receptáculo de todos los buenos deseos de una sociedad, porque ello es un agravio para quienes no ven satisfechos sus derechos y promueve la demostración de la inutilidad de la Constitución. Véase “Entre la ‘energía’ y la ‘dinámica’”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, cit., pp. 105-112 (110).

<sup>75</sup> El concepto de “patriotismo constitucional” fue acuñado en realidad por el filósofo y politólogo alemán Dolf Sternberger para referirse al hecho de que, después de la dolorosa derrota de la Segunda Guerra Mundial, la Alemania democrática no ha fundado su identidad y su unidad en la nacionalidad, sino en la identificación con el orden democrático instituido por la Ley Fundamental de Bonn. El concepto fue retomado por Jürgen Habermas para subrayar el carácter universal, no étnico ni nacional, del orden constitucional en un Estado democrático de derecho. Véase, por ejemplo, Velasco, Juan Carlos, “Patriotismo constitucional y republicanismo”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 125, 2002, pp. 33-40.

conocida y divulgada de manera general, podría contribuir, como sostienen algunos autores, a fortalecer la democracia constitucional en su conjunto, combatiendo el “fetichismo constitucional”, que opina que bastan los cambios a la Constitución para que la realidad (injusta, sin duda) de nuestros países empiece a transformarse de manera visible.

El examen y la comparación de las encuestas levantadas en Argentina y Costa Rica nos advierten, sin embargo, que las deficiencias de nuestra cultura constitucional son comunes a los países de Latinoamérica y que el diagnóstico relativo a México no se debe, al menos de una manera unívoca, al exceso de reformas constitucionales de los últimos años. Ni en Argentina ni en Costa Rica se modifica la Constitución con tal frecuencia como en México, ni sus textos constitucionales son tan extensos como el de la Constitución de 1917.<sup>76</sup> No obstante, la cultura constitucional de los ciudadanos de esas naciones, en términos de conocimiento y aprecio por el texto constitucional, es similar a la que identifican las encuestas mexicanas.

Por tanto, los procesos de reforma constitucional, aunque sometidos a la presión difusa y en ocasiones efectiva de la opinión pública, se encuentran más bien en manos de la élite política, y ésta actúa de acuerdo con una lógica que, en nuestro país, no es favorable a una dinámica distinta de la reforma constitucional. Sin embargo, la proximidad simbólica del centenario de la Constitución de 1917 podría contribuir a promover y generar entre sus integrantes la convicción de que es el momento de modernizar de verdad nuestro ordenamiento constitucional y de que parte de tal modernización pasa por la elaboración de un texto que, al mismo tiempo que pueda identificarse con la Constitución vigente y prorrogarla, abra la puerta a una nueva dinámica que permita a la sociedad mexicana avanzar a mayores y más complejos niveles de desarrollo político y jurídico.

No podemos concluir este trabajo sin dejar de señalar que la propuesta aquí defendida no es ninguna panacea para las deficiencias de nuestra vida constitucional, ni implica la “refundación” que han propuesto algunos actores políticos, sino apenas un viraje, parcial y relativo, en el proceso más amplio de ordenación de la vida social a través del derecho.

<sup>76</sup> La Constitución de la Nación Argentina, en el texto resultante de la reforma de 1994, tiene una extensión de 129 artículos y 11 309 palabras, sin contar el preámbulo ni las disposiciones transitorias. La Constitución Política de Costa Rica, de 1949, tenía, con sus reformas hasta 2001 (que el autor pudo consultar), 197 artículos y 13 727 palabras de extensión, también sin preámbulo ni artículos transitorios.

Señala Vincenzo Ferrari, un distinguido sociólogo del derecho, que desde el siglo XVIII el mundo moderno ha atestiguado procesos pendulares de orden y desorden en el derecho.<sup>77</sup> La ideología de la codificación y del monopolio del Estado en la creación del derecho, consolidada en el siglo XIX, sufrió toda clase de embates y revisiones durante el siglo XX, llevando a la situación de pluralismo y de desorden que prevalece en la actualidad. La internacionalización de los órdenes jurídicos nacionales, la proliferación de órdenes jurídicos “privados”, la descentralización territorial y funcional de las fuentes del derecho, son otros tantos fenómenos que incrementan la complejidad y la contingencia de los sistemas jurídicos, que, si bien están interconectados entre sí, no están integrados, sino que se encuentran implicados mutuamente en continuos conflictos, abiertos o latentes.<sup>78</sup>

El exceso de referencias normativas, unida a su frecuente inaplicabilidad, produce un cierto grado de incomunicabilidad y de desconcierto, es decir, de anomia: demasiadas normas terminan por ser equivalentes a ninguna norma. Los límites entre lo lícito y lo ilícito se confunden hasta hacerse impalpables y la distancia entre las normas y las prácticas no sólo aumenta, sino que corre inclusive el riesgo de perder significado, revelando despiadadamente la relatividad del concepto de eficacia del derecho, con el cual se designa comúnmente la correspondencia entre los efectos producidos por un acto normativo y las intenciones de quien lo ha dictado... Si no está claro cuál sea la norma o si hay dudas insolubles sobre su interpretación, la eficacia se convierte en una cuestión de perspectiva...<sup>79</sup>

Ferrari se pregunta si se encuentran operantes o si son al menos visibles algunos mecanismos encaminados a volver a meter en orden en un sistema jurídico mundial tan visiblemente desordenado.<sup>80</sup> Observa que es en el plano global donde, según parece, se están produciendo procesos de

<sup>77</sup> Ferrari, Vincenzo, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Bari, Laterza, 2010, pp. 68 y ss.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 77. Podemos agregar la idea weberiana de la “racionalidad” del derecho, entendida como sistematización y generalización, la cual siempre se encuentra en tensión con la “irracionalidad”. Sobre el “desdibujamiento” del derecho constitucional como rama y disciplina tradicional del derecho puede verse Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, pp. 87 y ss.

<sup>79</sup> *Idem* (traducción de HFF).

<sup>80</sup> *Idem*.



reordenación, clarificación y simplificación, por tratarse de normas, ya sea públicas o privadas, que nacen en sedes menos expuestas a las emociones y a las reivindicaciones cotidianas, en comparación con las normas estatales, que responden a las exigencias más contingentes de la lucha política y, por tanto, están más orientadas a convocar un consenso mediático sobre los gobiernos que a reglamentar las conductas.<sup>81</sup> Igualmente advierte la convergencia y relativa uniformidad que se produce, a nivel mundial, en el derecho del comercio y la economía, debidas en buena medida a la difusión de los modelos contractuales del *common law*.<sup>82</sup>

Las reflexiones de Ferrari no resuelven la cuestión de las cuáles sean las posibilidades de reordenar el derecho público nacional, en particular el derecho constitucional, pero nos sugieren al menos echar una mirada a nuestro entorno para acompañar nuestros cambios a las tendencias globales más amplias,<sup>83</sup> pero sobre todo, nos impulsan a salir del ensimismamiento del cual fue producto la Constitución mexicana de 1917.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>82</sup> *Idem*.

<sup>83</sup> Cabe mencionar en este sentido el proyecto sobre el surgimiento de un *ius constitutionale commune* latinoamericano, centrado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha iniciado el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg, con la colaboración del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Véanse los primeros trabajos de este proyecto en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Instituto Max Planck de Heidelberg-IIDC, 2010, 2 vols. Véase también Serna de la Garza, José María, “Jorge Carpizo y el proyecto ‘Hacia un *ius commune* latinoamericano en derechos humanos’” y Bogdandy, Armin von, “*Ius constitutionale commune* latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, ambos en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 35-38 y 39-66, respectivamente.



## EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL FRENO AL ENDEUDAMIENTO\*

Javier GARCÍA ROCA\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Un derecho constitucional originario y Europeo: el Tratado de Funcionamiento de la Unión y el Pacto de Estabilidad Coordinación y Gobernanza*. III. *Un derecho constitucional derivado: la reforma del artículo 135 CE*. IV. *El desarrollo constitucional en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*. V. *Consideraciones finales*.

### I. INTRODUCCIÓN

Esta es una de las ocasiones en las que voy a estar menos seguro de lo que diga. Lamento no tener una capacidad profética, menos limitaciones en mis conocimientos,<sup>1</sup> o no haber encontrado mayor auxilio en el dere-

\* Con posterioridad y en colaboración con Miguel Ángel Martínez Lago, catedrático de Derecho Financiero, he escrito —desde una perspectiva interdisciplinar— el libro: *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional en endeudamiento*, Madrid, Civitas-Thomson-Reuters, 2013.

\*\* Catedrático de Derecho Constitucional, UCM.

<sup>1</sup> El maestro Alejandro Nieto nos explicaba —con ironía— su sorpresa como alumno ante el eclecticismo de algunos profesores en las aulas universitarias, ya que había aprendido en el Bachillerato a Descartes y su racionalismo epistemológico y creía entonces no sólo en la verdad sino en la posibilidad de llegar a ella con ayuda de la razón; por consiguiente, si dos interlocutores tenían opiniones distintas en la discusión, uno tendría que ceder a las razones del otro, pues el que poseyera la verdad previsiblemente podría demostrarlo con un método adecuado... (*Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, 2001, lección jubilar, p. 10). Con pensamiento moderno, analítico y relativista, Bertrand Russell (*An outline of Philosophy*, 5a. ed., Londres, Georg Allen & Unwin Limited, 1949, p. 3) sostenía: "... three defects in common beliefs, namely, that they are cocksure, vague and self-contradictory. It is the business of philosophy to correct these defects so far as it

cho comparado. Ser un académico tiene innumerables ventajas —no todo iban a ser inconvenientes en tiempos de crisis financiera y estabilidad presupuestaria— y, entre ellas, está la posibilidad de abrigar dudas y poder no ser asertivo sino reflexivo, con mayor razón cuando ya ha pasado el tiempo de decidir. Supongo es mejor que ahonde en singularizar los problemas que aprecio y contribuir a un debate que coadyuve a su solución en vez de sumarme a celebraciones o descalificaciones o, peor aún, intentar ser ecléctico y poco científico. Por eso el empleo de la palabra “consagración” en el título tiene algo de provocación y de iconoclasia: rechazar hacer sagrado un principio, concederle autoridad y culto, demasiado pronto como para estar verdaderamente seguro de la prueba de su santidad. Los iuspublicistas tenemos sobre todo el deber republicano de pensar. El artículo 135 CE no es la única de las disposiciones constitucionales aunque tiene vocación de *golden rule*, una regla de oro de aplicación preferente. Esto es problemático si lo confrontamos con los habituales criterios de interpretación constitucional que hasta ahora hemos seguido, en particular, una interpretación sistemática que arranca de conceder igual valor a todas las normas constitucionales para mantener la unidad del sistema. Estamos ante la más importante reforma del Estado en estos casi treinta y cinco años de Constitución democrática y —me temo— deberemos acomodar el resto del modelo constitucional con demasiadas prisas a las exigencias del principio de estabilidad presupuestaria.

## II. UN DERECHO CONSTITUCIONAL ORIGINARIO Y EUROPEO: EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN Y EL PACTO DE ESTABILIDAD, COORDINACIÓN Y GOBERNANZA

### 1. *Supremacía constitucional material y formal*

La cuestión en el derecho europeo tiene suficiente amplitud como para que me vea obligado a centrarme solo en algunas de sus regulaciones con mayor impacto en las Constituciones. Hablo de un derecho constitucional originario o primario refiriéndome a la evidente supremacía material de sus contenidos y a su carácter vinculante u obligatorio, en virtud de la primacía del derecho europeo, incluso sobre las normas constitucionales

can, without throwing over knowledge altogether”. Creo que también es esa la función del dualismo y la racionalidad propias del derecho frente al monismo de la ley o la Constitución.

domésticas, por mucha supremacía formal o jerarquía que estas normas internas tengan. La habitual distinción formal entre primacía del derecho europeo y supremacía del derecho constitucional nacional que el Tribunal Constitucional español se ha esforzado en construir<sup>2</sup> —con débiles resultados— me parece cada vez menos adecuada para explicar la realidad de las cosas según ilustra perfectamente el asunto que nos ocupa.<sup>3</sup> Comienzan a ser precisas otras categorías más imaginativas y adecuadas a las nuevas realidades, también respecto de las ideas de soberanía y poder constituyente, y deberíamos esforzarnos en construirlas. La gravedad de la crisis económica ha acelerado la visualización del fenómeno jurídico por el cual se produce la incorporación de los tratados de la Unión al proceso de constitucionalización de la economía<sup>4</sup> con mucha más fuerza que cientos de disquisiciones. Ésta es una de las consecuencias teóricas más importantes de la crisis financiera.

## 2. Una consecuencia progresiva de la Unión Económica y Monetaria

La idea de estabilidad presupuestaria es una consecuencia de la Unión Económica y Monetaria, si bien solo se ha hecho la segunda y el proceso

<sup>2</sup> Debe releerse la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, y sus numerosos comentarios doctrinales.

<sup>3</sup> Alberto López Basaguren afirma que es evidente que las Constituciones de los Estados dentro de la Unión no son autónomas y cuanto más débil es un país dentro de la Unión menos autónoma es su capacidad constituyente, y España es en estos momentos un país extremadamente débil, obligado a cumplir las exigencias que le imponen aquellos que pueden condicionar su estabilidad financiera (varios autores, “Encuesta sobre la reforma de la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, p. 66).

<sup>4</sup> En el mismo sentido, Antonio Embid, “La constitucionalización de la crisis económica”, en varios autores, *La Constitución Económica*, Actas de la Asociación de Letrados del TC, TC-CEPC, Madrid, 2012, pp. 135 y ss., quien subraya la extrema coordinación y el largo tiempo invertido en las decisiones europeas que se prolonga en los mecanismos que crean. Hay a mi juicio una constitucionalización de la crisis económica pero es en las normas de la Unión donde se recogen las decisiones políticas básicas y por ello constitucionales. También Embid incluye los tratados de la Unión en ese proceso de constitucionalización, y afirma que Constituciones domésticas y tratados europeos ya no son mundos estancos por encima de separaciones formales, mas advierte que la escasa homogeneidad de los Estados miembros entraña un serio límite. De manera que me parece que tenemos una constitución supraestatal pero que no puede funcionar —por ahora— como una constitución federal y ahí empiezan las contradicciones.

se encuentra inacabado: tenemos un pilar monetario sólido y otro económico muy débil desde el principio.<sup>5</sup> Proviene, entre otras normas, del Tratado de Maastricht de 1992, que sentó las bases para una moneda única, y del Protocolo Anejo al Tratado sobre Limitación de Déficit Excesivos y Niveles de Deuda; así como del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) acordado en Ámsterdam en 1997 (y reformado en 2005 y en 2011 con el llamado *six-pack*), que fue impulsado por Alemania para asegurar dentro de la zona euro la continuación de la disciplina fiscal que se había fijado entre los países candidatos.<sup>6</sup> Y más tarde del Tratado de Funcionamiento de la Unión de 2007 que consagra las balanzas de pagos estables. La idea de estabilidad presupuestaria ha estado ligada pues desde el origen a la moneda única y a un sistema monetario europeo estructuralmente inestable o difícil de manejar,<sup>7</sup> y ha acabado por imponerse precisamente ante el riesgo de que la deuda pública de los Estados miembros acabase con el euro.<sup>8</sup> El *Fiscal Compact* refuerza los poderes de las instituciones de la Unión para dirigir las políticas presupuestarias de los Estados miembros, y centraliza la arquitectura económica europea con un sistema incluso menos respetuoso de la soberanía de los Estados que el federal de los Estados Unidos.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Edmond Alphandéry, antiguo Ministro de Economía y creador del grupo Euro50, considera que desde el origen en 1999 el euro era “an unfinished business and that looking ahead we might hardly avoid travelling on bumpy roads” y que eso es lo que ha pasado diez años más tarde; “looking from abroad, the eurozone is too often described as being on the verge of collapse”; sin embargo, cree que la situación ha ido mejorando porque la moneda única fortalece el comercio y el crecimiento económico (“The Euro crisis”, en *Fondation Robert Schuman*, european issues, núm. 240, 14 de mayo de 2012, [www.robert-schuman.eu](http://www.robert-schuman.eu), pp. 1-13).

<sup>6</sup> Puede verse la síntesis de Ma. Josefa Ridaura, “La reforma del artículo 135 CE: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 237-260, en especial, pp. 241 y ss, y la bibliografía que allí se cita. No he querido detenerme en detallar estos aspectos más estudiados y descriptivos.

<sup>7</sup> Edmond Alphandéry, *op. cit.*, p. 2.

<sup>8</sup> Sobre el principio de estabilidad en el derecho de la unión véase *in extenso* Antonio Bar Cendón, “La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 59-88.

<sup>9</sup> Esta es la tesis de Federico Fabriní, “The Fiscal Compact, the golden rule and the paradox of european federalism”, *Boston College International & Comparative Law Review*, núm. 1, 2013, pp. 1-40, cuyo ejemplar mecanografiado he leído por la deferencia del autor.

### 3. *Las insuficiencias del modelo europeo de política económica*

Sin embargo, es cada vez más clara la existencia de un trípode indisoluble de potestades de gobierno inherentes a cualquier verdadera dirección política: las políticas monetaria, fiscal y económica. Lo que aprendimos en los manuales de Economía hablando de los gobiernos es una verdad no menos válida para las instituciones europeas. Hemos tratado, con el funcionalismo y pragmatismo típico de la integración europea, de independizar la primera del resto, pero ya hemos experimentado —ante la relativa incapacidad para afrontar la crisis financiera que empezó en 2007— que esa fragmentación no es posible y, antes o después —al ritmo cansino y zigzagueante con el que se camina en Bruselas—, deberán hacerse sucesivas reformas de la organización europea. Es menester tener una disciplina común del déficit, pero también un supervisor bancario común, una mutualización o europeización de la deuda, una reserva federal con posibilidades de intervención, y un federalismo fiscal europeo. En definitiva, un nuevo diseño europeo *more constitutionalis*. Aunque parece inevitable que vuelva a intentar alcanzarse de forma funcional, fraccionada y por etapas. La tortuga europea deberá seguir a la liebre financiera al ritmo que pueda. Pero no sé cuánto tiempo podrá seguir Europa funcionando de esta forma ralentizada e ineficiente sin que los ciudadanos acabemos por cansarnos definitivamente: un impulso político decidido es preciso.<sup>10</sup>

### 4. *La justificación cultural del principio*<sup>11</sup>

¿Es el déficit presupuestario perjudicial o inevitable? ¿Debe ser un objetivo de la política económica europea? ¿Estamos ante una moda liberal o ante un dogma, una proposición cierta e innegable? Parece predominar

<sup>10</sup> Bar, Antonio, *op. cit.*, nos da noticia de que, en el Consejo Europeo del 28-29 de junio de 2012, se presentó un informe del presidente del Consejo Europeo, Van Rompuy, titulado “Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria” y del cual los Estados dijeron “solamente tomar nota”, pp. 86 y 87.

<sup>11</sup> Los principios o “pensamientos jurídicos” —y también los constitucionales— demandan una justificación cultural y es relevante para estos fines el Derecho comparado. Es clásico Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, quien nos advertía que cuando una novedad jurídica se pone de moda, los juristas conscientes tienen motivos sobrados para mirarla con prevención y desconfianza, exigiendo un examen más detenido de su verdadero sentido.

actualmente entre los economistas la conciencia de que el endeudamiento es malo. También entre buena parte de los juristas europeos. Así alguien con tanta autoridad como Paul Kirchoff ha defendido el principio con rigurosas razones.<sup>12</sup> El progreso actual no puede ser financiado por las generaciones siguientes. No compensa dar prestaciones excesivas, gastando a crédito. El recurso a la deuda debe ser excepcional como ya decía la Constitución de Weimar.<sup>13</sup> Creer que una inversión financiera mediante crédito puede estimular la actividad económica es una afirmación corta de miras, pues no considera el pago futuro de los intereses y las amortizaciones del endeudamiento. Ha habido una contrarrevolución en la teoría monetaria: el estímulo de la demanda no puede venir del endeudamiento estatal, y también en derecho constitucional donde el endeudamiento neto queda prohibido y se establece un mandato de equilibrio presupuestario. Kirchoff —no sin ciertos dejes de cultura protestante o calvinista—, nos pide pasar de ser una comunidad de endeudados a una comunidad de ahorradores.<sup>14</sup> Estas ideas están muy extendidas en Alemania, transversalmente o casi por encima de ideologías, en parte a causa de su experiencia en la costosa recuperación económica de los *Länder* de la vieja República comunista.

Hay, claro está, precedentes desde el siglo XVIII en el manejo de estas mismas ideas por economistas y Constituciones liberales.<sup>15</sup> Pero la referencia clásica desde los años sesenta del siglo XX es James M. Bucha-

<sup>12</sup> Paul Kirchoff, “La constitucionalización de la deuda soberana. Diálogo con Antonio López Pina”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 77-88. En la misma revista la encuesta “Sobre la reforma de la Constitución”, en sus dos últimas preguntas sobre el nuevo artículo 135 CE, con respuestas de Manuel Contreras, Eloy García López, Juan Carlos Gavara, Alberto López Basaguren y Antonio López Pina.

<sup>13</sup> El artículo 87 de la Constitución de Weimar de 1919 afirmaba: “No se puede recurrir al empréstito sino en caso de necesidades extraordinarias y, por regla general, únicamente para gastos de fines productivos. Los empréstitos, lo mismo que toda prestación de seguridad encargada al *Reich*, deben ser autorizados por una ley del *Reich*”. Manejo la traducción española del clásico *Las nuevas Constituciones del mundo*, con un estudio preliminar de Boris Mirkine Guetzevitch, 2a. ed., Madrid, Editora España, 1931.

<sup>14</sup> La propuesta de ahorro más austeridad puede que no sea tan indiscutible a nivel macroeconómico, ya se está empezando a discutir si el exceso de ahorro y austeridad dificulta el crecimiento económico europeo en algunos informes del Fondo Monetario Internacional.

<sup>15</sup> Sobre el tratamiento del gasto y la deuda en las Constituciones españolas del XIX, Garcés, Mario, “En torno al concepto de estabilidad presupuestaria en España”, en Garcés, M. (dir.), *La estabilidad presupuestaria en el derecho español*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2004, pp. 27-31.



nan con sus contribuciones a la llamada “economía constitucional” y sus trabajos sobre los principios de la deuda pública<sup>16</sup> en numerosos libros como *Public Principles of Public Debt* (1958),<sup>17</sup> *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (1958), *Public Finance in Democratic Process: Fiscal Institutions and Individual Choice* (1967), *Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes* (1977), *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution* (1980), etcétera.<sup>18</sup> Algunas de sus ideas principales son las siguientes. El compromiso constitucional con el límite de déficit es muy funcional. Sin ingresos suficientes, el Estado descansa en el crédito para otorgar servicios públicos. Pero el crédito no siempre es accesible y es siempre caro (como están comprobando ahora España, Italia y otros países europeos), y es un esquema insostenible a largo plazo. Los déficits generan inestabilidad monetaria que acaba produciendo hiperinflación y empobrecimiento. El recurso a la deuda, en vez de a los impuestos o

<sup>16</sup> Me han resultado de gran utilidad —también para entender a Buchanan— los trabajos de Gonzalo Villalta al que sigo, entre otros, “The function of Constitutional Law as an instrument of fiscal governance: a comparative study of the balanced-budget rule in the Spanish Constitution and Hong Kong basic law” (ejemplar mecanografiado que va a ser publicado en una versión en castellano “La constitucionalización del principio de equilibrio presupuestario: un análisis de derecho comparado”, *Revista de la Cortes Generales*, de próxima edición) con quien discutí este asunto en uno de los seminarios de profesores del Instituto de Derecho Parlamentario tras dictar una interesante conferencia. Villalta dirige el grupo de investigación en *free trade* de la *International Association in Constitutional Law* y se encuentra muy especializado en estos temas.

<sup>17</sup> James Buchanan, *Public Principles of Public Debt. A defense and restatement*, Illinois, Richard D. Irvin Inc., 1958. Donde tachaba de falacia y error las ideas “ortodoxas” de los economistas sobre la deuda pública y pedía que se revisaran; y censuraba la disociación de la analogía en la carga real —una asimetría—, entre deuda privada y pública y deuda interna y externa según la ortodoxia de la época.

<sup>18</sup> James M. Buchanan, que acaba de fallecer, fue premio Nobel de Economía en 1986 y doctor *honoris causa* en 1996 por la Universidad de Valladolid a propuesta de la Facultad de Derecho y, en especial, de Javier Salinas que era discípulo suyo y pronunció la *laudatio*; asistí al acto como vicedecano en ausencia del decano Alejandro Menéndez. Recuerdo a Buchanan paseando por Pucela, llevando un sombrero tejaño, y expresándome —enfadado— su desaprobación del presidente Clinton. Puede leerse su libro *Límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, Madrid, Liberty Fund, 2009, donde se reflejan sus ideas liberales sobre el individuo, la libertad y el contrato constitucional. Es racional tener una Constitución, un contrato que se firma porque los suscriptores obtienen ganancias y defienden sus propios intereses; se traslada pues la noción de *homo oeconomicus* —una racional maximización de la utilidad— a la ciencia política. Y se defiende que las elecciones del mercado no son arbitrarias. Un juicio de valor tan subjetivo —a mi entender— como cualquier otro.

la creación de moneda, transfiere la carga real a las generaciones futuras que no deberían venir obligadas a pagar por recursos que han sido usados en tiempos pasados.<sup>19</sup> Además la deuda restringe la soberanía popular y reemplaza a los programas electorales y a la responsabilidad política (ya hemos visto como el presidente Rajoy ha admitido haber incumplido el programa electoral de su partido respecto del mantenimiento de numerosas prestaciones sociales, obligado por las circunstancias económicas y la crisis de los ingresos). El Estado pasa a responder ante los acreedores y no ante los ciudadanos, produciéndose un debilitamiento del principio democrático. Puede sintetizarse rotundamente su pensamiento con un eslogan: “*tax finance rather than debt finance is the only political choice in public finance that is moral*” (recordemos la subida del IVA por el Gobierno a instancias de la Unión, el único impuesto que parece poder recaudarse bien dada la caída del IRPF y de sociedades). Hasta aquí varias ideas de Buchanan —excelente polemista— hoy muy extendidas.

Es también muy conocida la crítica de Buchanan a las ideas económicas de Keynes.<sup>20</sup> El equilibrio del presupuesto era parte de la Constitución financiera y de las restricciones habituales en los gobiernos antes de la revolución de Keynes, aunque no fuera una exigencia formal y escrita. El keynesianismo representó una sustancial enfermedad —afirma— para la democracia y el orden constitucional por varias razones. Primero, porque la actitud *spend now/pay later* es similar a la de un titular de una tarjeta de crédito, pero sin venir sometido a sacrificios, lo que incentiva el gasto; esto entraña un cambio moral y lleva a hipotecar el futuro. Segundo, por el problema de la asimetría sobre el ciclo, ya que no es de esperar que unos políticos sometidos a elecciones permanente tengan el coraje de pedir sacrificios en impuestos a los ciudadanos en época de ciclo alto. Tercero, por la inflación que producen los intereses de la deuda; hay una relación entre monetarización de la deuda y el crecimiento de los precios.<sup>21</sup> Cuarto, porque genera frustración a los ciudadanos que se acostumbran a pedir demasiado a sus gobiernos.

<sup>19</sup> Buchanan, James, *Public Principles of Public Debt, cit.*, “Concerning future generations”, pp. 31 y ss.

<sup>20</sup> *Cfr.* Reisman, David, *The Political Economy of James Buchanan*, Texas A&M University Press, 1990, epígrafe “Keynesian Economics”, pp. 66-73, cuyas explicaciones sintetizo.

<sup>21</sup> La deuda pública en vez de servir como sustituto de la creación de moneda debe verse justamente al contrario, pues redundante en la reducción del poder de los particulares de endeudarse y de la liquidez de las economías privadas. Buchanan, James, *Public Principles of Public Debt, cit.*, pp. 145 y ss. Los gobiernos deben solo pedir dinero prestado en inversiones públicas a largo plazo (p. 171).

No obstante, no siempre se ha pensado así. Economistas y hacendistas han admitido durante mucho tiempo el recurso excepcional a la deuda bien teorizado por Keynes.<sup>22</sup> Un uso deliberado del déficit en momentos de recesión para aumentar la demanda efectiva.<sup>23</sup> Tenemos experiencias de esto en situaciones de crisis financieras tanto en Estados Unidos durante la década de los ochenta, lo que llevó a su discusión en las elecciones presidenciales de 1992 (y se está haciendo de nuevo en estos momentos por la Reserva federal a la par que se discute sobre el riesgo del abismo fiscal o *fiscal cliff*) como en Alemania. De manera que es razonable que puedan albergarse dudas sobre la oportunidad económica de la tesis dada la complejidad del asunto.<sup>24</sup> No obstante, para muchos

<sup>22</sup> Fernando de la Hucha afirma que la negación de la deuda pública autoliquidable y con ello que el reparto de los costes de las inversiones públicas se reparta entre las generaciones no es sino el resultado de una ideología liberal, carente de fundamento empírico, que tiende a ver el Estado como un Leviatán y equipara el endeudamiento del Estado con el de una familia (“La reforma constitucional de la deuda pública”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 153, 212, p. 15).

<sup>23</sup> Véase Stiglitz, Joseph A., *La Economía del sector público*, 3a. ed., Barcelona, Bosch, 2000, especialmente sobre los fallos del mercado y el rol del sector público en una economía mixta, así como sobre el papel de los impuestos.

<sup>24</sup> Véase Stiglitz, Joseph A., *La Economía del sector público*, cit., sobre la financiación mediante déficit público el capítulo 24, pp. 697 y ss. La cuestión —cree— debe observarse con flexibilidad: endeudarse para financiar una carretera o una escuela, que se utilizará durante muchos años, puede ser bueno —afirma—, pero no para financiar proyectos que nunca se terminan o pagar los sueldos de los funcionarios (podríamos añadir en España aeropuertos sin viajeros, inversiones fantasiosas de cajas de ahorro sometidas a presiones indebidas de las Administraciones públicas y desprovistas de controles, titulaciones universitarias duplicadas y sin alumnos... y un largo etcétera de dispendios), o desde luego cuando el Estado ya se ha endeudado más de lo que puede devolver cómodamente. Pero es verdad —reconoce— que la reducción del déficit permite que bajen los intereses, estimula la inversión y fomenta el crecimiento económico. Tanto como que la reducción del déficit recortando la inversión pública perjudica el crecimiento económico. Respecto del traslado de los costes de la deuda a las generaciones futuras —el argumento de Buchanan—, recuerda que la II Guerra Mundial se financió en Estados Unidos en buena parte mediante el endeudamiento y no solo con mayores impuestos sin que se afectara el consumo de quienes vivieron la guerra y sin que ello generara excesivos problemas. Finalmente evidencia que la forma en que se reduce el déficit tiene consecuencias importantes sobre el crecimiento económico y comenta la rigidez de la propuesta de una enmienda a la Constitución federal sobre el equilibrio presupuestario.

Puede leerse asimismo *El precio de la desigualdad*, Madrid, Taurus, 2012, en particular sobre la austeridad y “el fetichismo del déficit” el capítulo 8 “La batalla de los presupuestos”. “La cuestión esencial... cuando se piensa en reducir el déficit es que lo que lo provocó fue la recesión y no al revés”, “restablecer el pleno empleo...

—como Manuel Medina recuerda—, el problema no se encuentra tanto en la tesis keynesiana como en el comportamiento de los actores políticos que tienden a la relajación fiscal en momentos altos del ciclo económico y a ser resistentes con el sobregasto en las fases bajas, produciendo como resultado una gradual creación de una deuda pública excesiva.<sup>25</sup> Buchanan arrancaba precisamente de esta crítica según hemos visto.

Puede que para el pobre jurista, abrumado ante la siempre incierta ciencia de la economía —parece que especializada en análisis *a posteriori* de las crisis— y preocupado por la rigidez de una prohibición constitucional, el dilema sea más sencillo: la pregunta no es endeudamiento sí o no, sino si debe limitarse en la ley fundamental un endeudamiento estatal excesivo —más de lo que razonablemente puede devolverse—, y más del 60% de lo que uno tiene parece serlo.<sup>26</sup> Es difícil poder oponerse a este tope constitucional con argumentos racionales.

Sin embargo, una vez centrada la pregunta y concedida la respuesta, siguen siendo muchos los cabos sueltos, entre otros, si no estamos ante una regla demasiado rígida que debería someterse a excepciones transitorias. O qué tiempo debe concederse para alcanzar ese adelgazamiento del gasto y la deuda —las dietas muy rápidas suelen dañar la salud del cuerpo—, y con qué fórmulas debe reducirse el déficit sin afrontar un círculo vicioso,<sup>27</sup> no puede olvidarse el comportamiento cíclico de la deuda pública en España que no ha mantenido un comportamiento ho-

contribuirá más que ningún otra cosa a mejorar la situación fiscal del país” y una de las reformas es conseguir un sistema tributario justo (p. 273). Cree que el *fetichismo del déficit* ha pasado a formar parte de la realidad, pero que no puede justificarse sobre la base de principios económicos (p. 280). La crisis de Europa la ha provocado —afirma— un exceso de austeridad y un ordenamiento monetario defectuoso; el euro eliminó dos mecanismos de ajuste valiosos sin poner nada en su lugar: las variaciones en los tipos de cambio y de interés (p. 283).

<sup>25</sup> Debe consultarse el agudo trabajo de Medina, Manuel, “La reforma del artículo 135 CE”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 131-163, en este punto p. 134.

<sup>26</sup> Bien es verdad que Italia tiene un endeudamiento del 120% del PIB, Alemania del 78% y Francia del 87%. Pero, entre otros, Fernando de la Hucha, reconoce que la situación de nuestras finanzas por el crecimiento de la deuda pública era claramente insostenible (“La reforma constitucional...”, *cit.*, p. 28).

<sup>27</sup> Miguel Esparza, recuerda el “círculo vicioso del endeudamiento público”, la disminución del crecimiento económico genera caída de los ingresos fiscales y aumento de un déficit cada vez más caro y restrictivo del crédito privado, lo que genera nuevos decrecimientos del PIB (“El nuevo marco de la estabilidad presupuestaria en España”, *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 26, 2012, pp. 153-199).

mogéneo.<sup>28</sup> O hasta dónde se pueda pedir una solidaridad interterritorial europea con préstamos más económicos dado el efecto contagio y la necesidad de una estrategia anti propagación. O si no es absurdo —por aislacionista y nacionalista— que, dentro de un único mercado y zona euro, unos Estados financien su deuda con intereses mucho mayores que otros resultando claramente beneficiados. Pero el modesto papel del derecho constitucional no puede ser poner solución a los dilemas económicos.<sup>29</sup> Bien es verdad que tampoco positivizar ideologías políticas como normas jurídicas supremas. En este resbaladizo dilema nos movemos en este terreno dentro del derecho constitucional europeo y nacional.

##### 5. *¿Un objetivo de política económica o una obligación constitucional?*

Otro jurista de peso, un antiguo presidente de la *Corte Costituzionale* como Valerio Onida —con no menor autoridad que Kirchoff— se manifestó en 1969,<sup>30</sup> bien es verdad que en otro contexto, en contra de la constituciona-

<sup>28</sup> Son muy interesante los datos estadísticos que aportan Jesús Ruiz-Huerta y Miguel Ángel García Díez, “El endeudamiento de las Comunidades Autónomas: límites y problemas en el contexto de la crisis económica”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, núm. 15, 2011, pp. 124-163, quienes analizan este comportamiento desde 1982 y muestran como la etapa expansiva disfrutada de 1995 a 2007 permitió una sensible rebaja de la deuda, la llegada de la crisis provocó el cambio de tendencia. Tampoco el reparto del endeudamiento es proporcionado entre los tres niveles de gobierno, pues la Administración central tiene el 76.4%. Es interesante advertir que la evolución del endeudamiento no ha sido igual siempre ni en todas las Comunidades Autónomas, siendo por ejemplo la tasa anual en Cataluña en 2010 nada menos que de un 20% y muy creciente desde 2007; algo tendrá que ver con la gestión financiera de la propia Comunidad. Estiman como causa principal del endeudamiento de las CCAA —amén de la brecha provocada por la caída de los ingresos— la demanda constantemente al alza de los servicios públicos del Estado de bienestar y sugieren revisar las fronteras competenciales.

<sup>29</sup> Así lo recuerdan Sulkowski, Jaroslaw y Labno, Anna, “La protección del equilibrio presupuestario en la Constitución de Polonia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 355-368, esta afirmación en p. 356.

<sup>30</sup> Citado por Carlo Rapicavoli, “Il pareggio di bilancio è norma costituzionale: c’è consapevolezza di quanto approvato?”, en Oggi, Leggi, [www.leggioggi.it/2012/04/26](http://www.leggioggi.it/2012/04/26), 26 de abril de 2012, un comentario tras la Ley Constitucional n°1 de 20 de abril de 2012 que recoge el principio. Se da noticia asimismo del escrito presentado al Presidente Obama por varios premios Nobel de Economía y otros especialistas apoyando el rechazo de la enmienda a la Constitución federal sobre equilibrio presupuestario, que se calificaba de imprudente ante el riesgo de agravar la recesión en

lización del *pareggio di bilancio*.<sup>31</sup> A su juicio, debería ser un objetivo político, pero no una obligación jurídica, que impidiera ponderar las circunstancias cíclicas y coyunturales del gasto público, o el recurso a los mejores instrumentos de financiación en cada caso según las circunstancias de hecho.<sup>32</sup>

Sin embargo, el derecho europeo ya ha creado esta obligación jurídica desde 2007, y ya veremos si ha venido para quedarse o durará un tiempo para ser luego relativizada en su cumplimiento según intereses coyunturales. No me atrevo a hacer profecías para no equivocarme, recordemos que, ante la rotunda afirmación del artículo 12 de la Constitución de Cadiz de 1812 —“La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera”—, Tomás y Valiente afirmaba con ironía que no es función de las Constituciones realizar profecías. No obstante, debe admitirse que la tendencia actual en Europa es claramente a consolidar este principio.

#### 6. *Un doble poder de reforma constitucional silente: el déficit democrático*

No parece que hubiera en España un momento constitucional en ninguno de ambos escenarios, el europeo y el español, si por tal entendemos discusión y publicidad sobre la idea de estabilidad presupuestaria, como es propio de todo parlamentarismo y más aún del poder de reforma constitucio-

los momentos actuales de disminución de ingresos fiscales, aumento de los subsidios de desempleo y subsiguiente incremento del déficit.

<sup>31</sup> Onida ha vuelto a insistir recientemente (Gabiella Colarusso “Non è un problema di Carta. Perché è inutile la modifica dell’art. 81”, <http://www.lettera43.it/economia/finanza/23192>) en su escepticismo respecto de la constitucionalización del principio “Mi sembra uno strumento con il quale la classe politica si vuole autovincolare, essendo incapace di rispettare da sola degli obblighi di bilancio. Si vuole inserire un vincolo giuridico rispetto a una attitudine che dovrebbe essere politica». Y expone algunas contraindicaciones de carácter técnico «La questione è complessa, perché se il vincolo fosse rigido, se vietasse cioè in modo assoluto e senza eccezioni di indebitarsi per poter spendere, potrebbe essere controproducente e perfino pericoloso, perché non permetterebbe di ricorrere a politiche di *deficit spending*. Se invece fosse un vincolo elastico, diventerebbe complessa la verifica”. Y se pregunta cómo podrá la Corte Constitucional, con competencia general para verificar la constitucionalidad de las leyes, certificar la maniobra financiera respecto del equilibrio presupuestario: “È difficile affidare a un giudice la verifica della correttezza di un documento economico e finanziario” y más en forma de consulta previa.

<sup>32</sup> Sobre el dilema entre la estabilidad presupuestaria como principio jurídico o principio económico, Garcés, Mario, *op. cit.*, pp. 31-35, sin excesivas conclusiones.

nal, ni menos aún un verdadero debate ante la opinión pública en ninguno de los tres momentos: la aprobación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (desde ahora, TFUE) en 2007, del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG), el 2 de marzo de 2012, y la reforma del artículo 135 CE en 2011. El papel de las Cortes Generales ha sido muy pequeño y el de la opinión pública casi inexistente y apenas nadie parece suscitarse reparos de legitimidad democrática.<sup>33</sup>

Es aún más sorprendente este déficit democrático, porque me parece que el derecho europeo ha producido una verdadera *mutación de las Constituciones nacionales* en el sentido con el que empleaba Jellinek la expresión: una revisión de la interpretación de la norma escrita sin plena conciencia inicial de la modificación y advertida de forma sobrevenida,<sup>34</sup> y, sobre todo, Hsü Dau-Lin de forma más específica: una incongruencia entre la Constitución escrita y la realidad constitucional, en su caso como consecuencia de un Estado Federal,<sup>35</sup> y aquí de una comunidad de Estados. Una mutación mucho antes de las reformas constitucionales expresas. Se adopten o no normas constitucionales, el mandato europeo se impone en la realidad a las mismas. Este es el verdadero problema. Da un poco igual la implementación nacional de la obligación europea en normas constitucionales o legales desde esta perspectiva realista.

En efecto, es menester releer con calma el TFUE inmediatamente antes que la reforma de la Constitución, pues ya están allí la mayor parte de sus contenidos con elevada concreción. Prácticamente todo lo que la reforma española introduce deriva del TFUE de 2007 en su Título VIII sobre política económica y monetaria. Insistiré que sin haberse sometido realmente a una previa discusión pública en España donde el principio pasó casi desapercibido, embozado dentro del resto del Tratado; algo así como aprobar normas constitucionales de matute, clandestinamente y sin pagar costes de entrada. De nuevo, sin que tengamos siquiera una cláusula constitucional europea y sin haber jamás reformado —para ade-

<sup>33</sup> Embid, Antonio, “La constitucionalización de la crisis económica”, *cit.*, p. 163, se plantea si la propia idea de democracia representativa no debería ser objeto de algún tipo de modificación para conjugarla con las instituciones supraestatales de la Unión. Seguimos sin resolver el problema de la legitimidad democrática.

<sup>34</sup> Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1991, original de 1906, estudio preliminar de P. Lucas Verdú.

<sup>35</sup> Dau-Lin, Hsü, *Mutación de la Constitución*, Oñati, IVAP, 1988, original de 1932, traducción de P. Lucas Verdú y Ch. Foster, quien estudiaba las mutaciones como problemas específicos de los Estados Federales —*servata distantia* con la Unión Europea—.

cuarlos a la realidad— los poderes para la dirección de la política económica que todavía el artículo 97 CE concede al Gobierno, pese a que se han vaciado claramente sus contenidos. Una muestra más de la preocupante huida del Derecho Constitucional en España que poco tiene que ver con el respeto a la Ley Fundamental de Bonn, al Estado de derecho y al Tribunal Constitucional Federal que observamos en Alemania o en otros países de nuestro entorno.

### 7. *La densidad de la regulación europea*

La densa regulación de la Unión puede llegar a percibirse como un jergológico de complejas disposiciones sucesivas.<sup>36</sup> Elegiré dos que muestran la clara constitucionalización en las normas europeas del principio de estabilidad presupuestaria en el marco de una nueva gobernanza económica:

- El artículo 310.1 TFUE afirma que “el presupuesto deberá estar equilibrado en ingresos y gastos”, no dice sostenible, y el apartado 3o. lo aclara al garantizar la “disciplina presupuestaria” y establecer que la Unión no adoptará actos que puedan incidir de manera considerable en el presupuesto sin dar garantía de que pueden ser financiados con los recursos propios.
- El artículo 120 TFUE ordena que los Estados miembros lleven a cabo sus políticas económicas con vistas a realizar los objetivos de la Unión. Sobre todo, el artículo 121 establece que los Estados coordinarán sus políticas económicas en el seno del Consejo, quien, basándose en los informes de la Comisión, supervisará la evolución económica de los Estados y podrá dirigirles advertencias, si uno de ellos pone en peligro el correcto funcionamiento de la Unión. Estas recomendaciones podrán hacerse públicas. En suma, cabe una supervisión europea —un control externo— y realizar advertencias con recomendaciones motivadas que es casi tanto como decir en la práctica que pueden dictarse instrucciones.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Véase la buena síntesis del “marco normativo europeo de la estabilidad presupuestaria” que realiza el Dictamen del Consejo De Estado, del 1o. de marzo de 2012, sobre el anteproyecto de la Ley Orgánica. Para una descripción detallada de este proceso normativo véase, entre otros, Bar, Antonio, *op. cit.*, epígrafe “Las reformas de la gobernanza económica de la Unión Europea”, incluidos los llamados “Six pack”, formado por cinco reglamentos y una directiva, “Two pack”, y el desarrollo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) tras la reforma del artículo 136 TFUE.

<sup>37</sup> Quién se atrevería a dar *instrucciones* tan precisas e imperativas —pese a ser



- El artículo 126 TFUE funda una auténtica obligación jurídica: aún con mayor claridad se dice que los Estados miembros evitarán déficits excesivos, y que la Comisión supervisará la evaluación presupuestaria para detectar errores manifiestos y “examinar la observancia de la disciplina presupuestaria”, aludiendo expresamente a la proporción entre el PIB y el déficit y la deuda públicos. Reclamando que los valores de referencia se recojan en un protocolo. Si un Estado no cumple estos criterios o aún así existe riesgo de déficit excesivo, la Comisión elabora un informe que se someterá al dictamen del Comité Económico y Financiero, finalmente se puede mandar un dictamen al Estado miembro informando al Consejo quién puede enviar recomendaciones al Estado y advertirle si las incumple. Si finalmente persiste el incumplimiento, el Consejo podrá recomendar al Banco Europeo de Inversiones (BEI) que reconsidere su política de préstamos, exigir al Estado un depósito o imponer multas.
- *El protocolo núm. 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo*, del 9 de mayo de 2008, establece como valores de referencia un 3<sup>o</sup>% del déficit público y un 60% de la deuda pública respecto del PIB, y se detalla que afecta a todas las Administraciones públicas incluidas las regionales o locales y los fondos de la Seguridad Social; que la deuda se valorará en términos nominales, y que los Estados deben comunicar a la Comisión de forma periódica esos dos niveles.

meras *condiciones*— a nadie que no fuera su subordinado como son las que se indican al gobierno español en el *Memorandum of Understanding on Financial Sector Policy Conditionality*, el llamado *MoU* (es curiosa la pasión de los funcionarios de la Unión por los acrónimos como denuncia Hans Magnus Enzensberger: *El gentil monstruo de Bruselas*, Madrid, Anagrama, 2012, quizá Valle Inclán hubiera exclamado “divinas palabras” esas que intimidan y alejan al pueblo). Claro está que los subordinados no suelen deber a sus superiores tanto dinero como el que ahora nos prestan. La Decisión del Consejo Europeo parece comprender las condiciones que establece como instrucciones redactadas al modo de un legislador estatutario inglés. Recordaré que Orlando decía que la capacidad de dictar instrucciones al subordinado es una clara muestra de *jerarquía* (Orlando, Victorio Emmanuel, *Principios de derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1978, p. 39 y ss., epígrafe “Ordenamiento de los oficios públicos. La jerarquía administrativa”, el original es de 1892). Si Bodino hubiera leído el *MoU*, habría mencionado esta facultad de establecer condiciones económicas como uno de los signos sensibles de la soberanía —europea— de los que hablaba junto a la capacidad de acuñar moneda. De algún modo, España ya está “intervenida” o rescatada, sometida a caución o libertad bajo fianza —*bail out*—, y vinculada a la regulación e instrucciones de las autoridades y funcionarios de la Unión, que a veces parecen agentes de un nuevo despotismo ilustrado.

La cuestión se vuelve a detallar en el *Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza*, del 2 marzo de 2012,<sup>38</sup> habitualmente conocido como *Fiscal Compact*,<sup>39</sup> que advierte en su exposición de motivos sobre la necesidad de que los Estados mantengan unas finanzas sostenibles y eviten un déficit excesivo, pues es “de vital importancia para salvaguardar la estabilidad de la zona euro en su conjunto”,<sup>40</sup> y, en su artículo 1o., demanda promover la disciplina presupuestaria a través de un pacto presupuestario con el fin de reforzar el pilar económico de la Unión. En consecuencia, se recoge (artículo 3.1 TECG) una regla de equilibrio presupuestario —o de superávit— y un mecanismo automático de introducción de medidas correctoras; y se reiteran los dos topes de déficit —3% del PIB a precios de mercado— y deuda —no superior al 60%— que ya estaban en el Protocolo 12 desde 2008. No obstante, ese tope de déficit (artículo 3.2 TECG) se flexibiliza al afirmarse que se considerará respetado si el saldo estructural anual de las administraciones públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un límite inferior de déficit estructural 0.5% del PIB.

Asimismo se recomienda (artículo 3.2) incorporar estas normas al derecho nacional mediante “disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional”, “o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados”. Y se exige que los Estados establezcan mecanismos correctores y que se preserve la independencia de las instituciones responsables a escala nacional de supervisar la observancia de esos dobles topes y otras reglas.

<sup>38</sup> Es complementario el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (Mede, el *European Stability Mechanism*, ESM) de los países de la zona euro, del 2 de febrero de 2012, que permite una coordinación cada vez más estrecha de las políticas económicas.

<sup>39</sup> Puede leerse Fabrini, Federico, “The Fiscal Compact, the Golden Rule and the Paradox of European Federalism”, *cit.*, epígrafe 1, quien subraya que se rompe con la tradicional libertad de los Estados en derecho internacional para elegir los medios con los que cumplir las obligaciones asumidas. Un esquema de ideas que ya no vale para el derecho europeo.

<sup>40</sup> La racional decisión del Tribunal Constitucional Alemán, del 12 de septiembre de 2012, sobre medidas cautelares antes de ratificar el Mecanismo Europeo de Estabilidad y el Tratado de Estabilidad, indicando que no viola la identidad nacional, abre la puerta a adoptar medidas a nivel europeo, reforzando la solidaridad y manteniendo el principio democrático mediante el control de los Parlamentos y la fijación de lógicos límites. La organización europea debe retocarse cuanto antes a la manera de cualquier organización constitucional.

Me pregunto cómo se cuantifican estos topes matemáticos fruto de compromisos políticos, con qué criterios, y si su justificación es aleatoria o arbitraria o, por el contrario, racional y obligada entre otras alternativas.<sup>41</sup> No advierto demasiada transparencia en su determinación. Pero, en todo caso, queda demostrado —como se pretendía— que esta regulación europea alcanza un nivel de gran detalle y concreción, que no deja un gran margen de maniobra a las Constituciones o las leyes de los Estados.

8. *¿La prohibición europea se flexibiliza según la importancia del Estado incumplidor?*

La pregunta más evidente es pues, si resultaba realmente manifiesto desde 1992, y con rotundidad desde 2007, el contenido de esta regulación europea —materialmente constitucional— y no cabía duda de su vinculación ni del escaso margen de escapatoria de los Estados, por qué no empezaron a hacerse los correspondientes ajustes por nuestras autoridades nacionales con suficiente tiempo de antelación y cautelas de transitoriedad. No es extraño pues que desde fuera pueda percibirse la actuación española como irresponsable. Si así fuera, el fuerte incremento del déficit en la segunda Legislatura del presidente Zapatero carecería de sentido de la historia. El carácter progresivo y previsible de la reforma desde hacía una década haría absurdo que nos rasguemos las ropas ahora, como si no nos debiéramos haber preparado con suficiente tiempo para lo que se nos venía encima en vez de actuar con prodigalidad. Pero es verdad que hubo incumplimientos previos por otros países del Pacto de Estabilidad y de Crecimiento<sup>42</sup> y así, en 2004, el Consejo Europeo no siguió —“suspenderlo

<sup>41</sup> Barry Eichengreen, un economista estadounidense que ha observado la política monetaria europea, razona en un informe que “el umbral numérico del 3% no está sólidamente fundado en la teoría” (citado por Joerges, Christian, “Qué tiene de social-demócrata la Constitución económica europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005, p. 33, quien se muestra muy crítico con todo el proceso).

<sup>42</sup> El Pacto de Estabilidad y de Crecimiento es un acuerdo de los Estados miembros de la Unión Europea en relación con su política fiscal, su objetivo básico es facilitar y mantener la Unión Económica y Monetaria. El fundamento jurídico del Pacto se encuentra en los artículos 99 y 104 del Tratado de la Unión Europea (actualmente, artículos 121 y 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), con las enmiendas adoptadas en 1993 en Maastricht y otras decisiones posteriores relacionadas. Consiste en una supervisión fiscal de los Estados miembros y un régimen sancionador ante el incumplimiento de las condiciones del mismo. Fue

por el momento”— el procedimiento de déficit excesivo abierto por la Comisión contra Francia y Alemania, participando el Tribunal de Justicia (sentencia del 13 de julio de 2004<sup>43</sup>) en la excepción o relajación del principio y del Pacto de Estabilidad, lo que llevó a la reforma de 2005. La gravedad de la crisis financiera parece haber endurecido la vinculación al Pacto y la necesidad de tomarse en serio la estabilidad presupuestaria.<sup>44</sup> Mas parece sensato concluir que los españoles debimos comenzar a hacer ajustes presupuestarios mucho antes, para no tener que correr ahora sin cautela alguna en las modificaciones de muchas prestaciones y servicios públicos, realizadas a veces de manera desproporcionada.<sup>45</sup>

### III. UN DERECHO CONSTITUCIONAL DERIVADO: LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 CE

Adentrémonos ahora en el estudio de la reforma del artículo 135 CE, del 27 de septiembre de 2011, aprobada incluso antes del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del 2 marzo de 2012, con la celeridad propia del converso a unas nuevas ideas.

#### 1. *El sentido derivado de la reforma. El debate sobre su oportunidad y corrección técnica*

A la vista de cuanto se ha expuesto, la reforma constitucional parece tener la naturaleza de un cambio derivado y sobrevenido con cierto automatis-

adoptado en 1997, para asegurarse, después de la entrada del euro, la continuación de la disciplina fiscal que se había establecido entre los países candidatos con los llamados criterios de convergencia.

<sup>43</sup> Puede leerse un comentario a esta sentencia de 2004 en Joerges, Christian, *op. cit.*, pp. 34- 37, quien recuerda que tras la misma muchos creyeron que el Pacto de Estabilidad estaba ya muerto.

<sup>44</sup> Así lo estima Ridaura, Ma. Josefá “La reforma del artículo 135 CE...”, *cit.*, p. 242.

<sup>45</sup> Durante el curso 2012-2013, *v. gr.*, se ha producido una muy desproporcionada subida de las tasas académicas en las universidades públicas que, en el caso de los Másteres, se han multiplicado nada menos que por tres sin cautela alguna de transitoriedad como consecuencia del Real Decreto Ley 14/2012, del 20 de abril, de Medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

mo.<sup>46</sup> Si el compromiso y la obligación jurídica estaban ya presentes en el derecho europeo, su incorporación a la Constitución como prohibición o freno al endeudamiento debe verse sobre todo como un indicio del intenso grado de vinculación a ese compromiso. Quizás este carácter derivado de la reforma no se haya percibido con suficiente claridad en la controversia sobre la necesidad de constitucionalizar la estabilidad presupuestaria,<sup>47</sup> donde no se incide suficientemente en el rasgo de ser un trasunto del original: las normas europeas. Me temo que ya se nos había pasado el tiempo para debatir: *troppo tarde*. Deberíamos aprender la lección y estar en el futuro mucho más atentos al derecho constitucional europeo, para que no se nos cueilen normas materialmente constitucionales sin tener realmente la oportunidad efectiva de discutir las y participar en su elaboración.

*La vinculación de todas las administraciones públicas.* La reforma fortalece la vinculación de todas las administraciones públicas al derecho europeo —según dice la Exposición de Motivos—, singularmente, las Comunidades Autónomas. Éste es el problema central: hacer eficaz al nivel constitucional el cumplimiento del principio por todos los entes territoriales que integran el Estado ordenamiento; asegurarse de su corresponsabilidad en un compromiso solidario de todas las partes de un todo. Pero puede que la cuestión no se haya resuelto con acierto y suficiente detalle, dada la elasticidad y ambigüedad de la norma constitucional en este punto. La indeterminación de la reforma constitucional respecto de las medidas a adoptar nos puede obligar a improvisar unas respuestas.

Sin embargo, bastantes países no han llevado este “compromiso” con la Unión Europea —como dice la exposición de motivos de la reforma—

<sup>46</sup> Se ha discutido si el artículo 40 CE, un marco de “estabilidad económica”, incluía ya la exigencia de equilibrio presupuestario mediante una interpretación extensiva, véase Garcés, Mario, *op. cit.*, p. 42-43. Pero sería extravagante encontrar allí el origen del principio, ya que son muchas las interpretaciones y comprensiones posibles de aquella otra estabilidad. Asimismo Aguiar, Luis y Rosado, Gema, “La estabilidad presupuestaria y su eventual proyección en el Estado de las Autonomías”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 12, 2001, se planteaban si la estabilidad presupuestaria estaba contenida como principio constitucional implícito en el artículo 31.2, respecto de los criterios del gasto, en relación con el artículo 134 CE sobre el presupuesto, para concluir con una respuesta negativa (pp. 19 y ss).

<sup>47</sup> Puede verse Álvarez Conde, Enrique *et al.*, “La reforma del artículo 135 CE. Encuesta sobre la Reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, núm. 93, pp. 159-210. Varios de ellos insisten en que el principio ya estaba articulado al nivel europeo y era una exigencia del mismo, con rotundidad, Pérez Royo, p. 199.

a sus Constituciones y lo mantienen a *nivel legal*.<sup>48</sup> El Tratado de Estabilidad permite esta opción siempre que se garantice el cumplimiento del principio. ¿Cuál es la diferencia? La respuesta habitual es aludir al mayor grado de vinculación —de rango constitucional— de los poderes públicos nacionales. Es, sin duda, así desde la perspectiva de las normas de Derecho interno, pero no desde las normas europeas que son muy tajantes en los mecanismos de corrección, y para las que es relativamente indiferente el rango de las normas internas de implementación, pese a sentarse en ellas una preferencia por las supremas.

*En favor de la constitucionalización, ceteris paribus, y la paradoja de haber olvidado lo importante.* Creo que, una vez incorporada la cláusula en el derecho europeo, era mejor introducir el principio en normas de rango fundamental para solventar los problemas internos, singularmente la coordinación con Comunidades Autónomas y Municipios, la solución de los conflictos interterritoriales, y la previsión de sanciones y controles. Pero, curiosamente esto que es lo más importante, no lo resuelve la reforma y lo deja en manos de la Ley Orgánica de desarrollo, que tampoco acaba de concretar qué puede hacerse pese a su severa opción por un control sobre los órganos. Este modelo normativo abierto y de mínimos no sé si revela la sabia cautela de las Cortes Generales —para ganar tiempo— o, por el contrario, una injustificable precipitación. La imprecisión normativa no me parece un buen modelo en cuestiones tan delicadas. Hubiera preferido que la nueva coacción forzosa o cláusula de intervención federal estuviera prevista en el artículo 135 CE, en normas de rango constitucional, por un claro paralelismo con los artículos 153 y 155 CE, referidos a los controles sobre los actos y los órganos de las Comunidades Autónomas y que se ven directamente afectados. No faltará quien piense, por el contrario, que si la Unión Europea cambiara algún día de criterio, podría ser un problema la actual rigidez constitucional, pero me parece un problema menor ante la seria dimensión de los demás y, hoy por hoy, no parece inminente ni probable, y ya hemos visto que la Constitución puede reformarse corriendo si existe necesidad y la voluntad políticas.

<sup>48</sup> Jimena, Luis, “La reforma del artículo 135 de la carta magna española (La superación de los clichés del tabú y la rigidez constitucionales)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 335-356, razona que el compromiso con la Unión en materia de estabilidad no era necesario alcanzarlo al nivel constitucional (p. 354), y habla de una “europeización de la función constituyente”.

## 2. *La regla del freno al endeudamiento*

La construcción de la regla (en Alemania o Suiza) ha tenido una finalidad sobre todo *impeditiva* pero también *preventiva*, ya que es una *norma de principios* o *finalista* que fija una perspectiva a tener en cuenta por todos los poderes públicos antes de contraer obligaciones financieras. Mas estamos principalmente ante una regla estricta, con el carácter vinculante más elevado posible, puesto que se trata de una prohibición de rango constitucional. Aún así es menester ser conscientes de que la prohibición no debería ser interpretada de forma absoluta sino lo suficientemente flexible como para reaccionar ante ciertos acontecimientos excepcionales que nuestra Constitución —al igual que otras— contempla. Debería pues dejarse a los gobiernos por las normas europeas un margen de apreciación suficiente para adoptar las medidas necesarias para conseguir una estabilización a largo y medio plazo. La esencia de freno de la deuda pública consiste en una regla aplicada a un ciclo económico completo: no se debe gastar más de lo que se vaya a ingresar, incluso en épocas de crecimiento económico.

Se ha consagrado la sostenibilidad o el equilibrio presupuestario como un *bien constitucionalmente protegido* —así lo califica la Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia de 26 de noviembre de 2001—<sup>49</sup> y a la par un *objetivo de la política comunitaria* en el derecho europeo. Una doble naturaleza jurídica bien constitucionalmente protegida, de un lado, y objetivo político y norma de fines, de otro. Con escasa precisión jurídica, la exposición de motivos de la reforma constitucional califica la estabilidad presupuestaria como un *valor* que estima verdaderamente estructural. Esa calificación me parece técnicamente defectuosa, porque los valores tienen una dimensión axiológica y estimativa de la que carece este principio a diferencia de la igualdad o la dignidad humana o el pluralismo.

Si la estabilidad es un bien, lógicamente debería haber una ponderación de intereses en los conflictos con otros bienes igualmente protegidos en la Constitución como pueden ser la autonomía de las Comunidades Autónomas o el Estado social. Pero me temo que estos conflictos no puedan resolverse con lógica de una interpretación sistemática y una ponderación equilibrada de los intereses en juego, prevaleciendo esta regla de oro con su intensa primacía europea. Igualmente en el marco cons-

<sup>49</sup> Según Sulkowski, Jaroslaw y Labno, Anna, *op. cit.*, p. 366 y ss. La estructura normativa de una prohibición puede pensarse evidencia precisamente una jerarquía entre los bienes constitucionales.

titucional, el Tribunal Constitucional polaco ha resuelto los conflictos que se le han planteado dentro del marco estructural de la estabilidad presupuestaria como un condicionamiento.<sup>50</sup> La prohibición de endeudamiento parece pues indefectible, un límite interno o estructural, previo a cualquier ponderación ulterior, como es por otra parte inevitable si se admite su naturaleza de verdadera *prohibición constitucional* o freno al endeudamiento. No es un precepto constitucional más. Es muy nuevo que un tipo de norma constitucional, por su estructura normativa, se imponga sobre el resto, por contraste con la inspiración que tradicionalmente nos ofrecía el principio de unidad de las normas constitucionales, basamento de la interpretación sistemática.

### 3. Referentes de derecho constitucional comparado: lejanos y próximos<sup>51</sup>

Tenemos ya bastante información sobre las diversas reformas constitucionales, recopilada por varios autores, que parecen expresar evidentes similitudes pese a la dificultad que siempre tiene adentrarse en otros derechos. Polonia en 1997 prohibió suscribir préstamos o realizar gastos que generen una deuda pública que exceda de 3/5 del PIB.<sup>52</sup> Suiza hizo una reforma constitucional (artículo 126) en 2001 que fue aprobada en referéndum.<sup>53</sup> En Alemania desde 2009 —veinte años después del Tratado de

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

<sup>51</sup> Pueden consultarse Federico Fabrini, “The Fiscal Compact, the golden rule and the paradox of european federalism”, *op. cit.*; Antonio Bar Cendón, “La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea”, *op.cit.*, epígrafe “Las reformas constitucionales de los Estados”, y Paula Fernández-Wulf, “Límites constitucionales al gasto público: Suecia, Reino Unido, Suiza, Chile y Alemania”, en [www.fedea.net](http://www.fedea.net), Fundación de Estudios de Economía Aplicada, enero 2012. Lucio Pegoraro y Eloisa Cosimo, “La constitucionalización del equilibrio presupuestario reflexiones críticas”, en Álvarez Conde, Enrique y Souto, Clara (dirs.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2012, pp. 45-84, tras un examen de derecho comparado, conceden a la constitucionalización del principio una fuerte eficacia simbólica y una apariencia de nacionalización de una soberanía que ahora tiene su sede en Europa.

<sup>52</sup> *Cfr.* Jaroslaw Sulkowski y Anna Labno, *op. cit.*

<sup>53</sup> *Cfr.* Mónica Arenas, “La reforma constitucional suiza: el origen de la regla de oro fiscal”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 455-480, una reforma ligada a las sucesivas reformas del sistema de financiación autonómica y de los mecanismos de compensación, y a la clarificación de las competencias. Y Antonio Bar, *op. cit.*



Maastricht— la Ley Fundamental señala un límite del déficit y se revisaron varios artículos en una reforma muy detallada; previéndose un nuevo Consejo de Estabilidad como órgano de gestión y control presupuestario de la Federación y los Länder.<sup>54</sup> Italia ha reformado su Constitución en 2012 (artículos 81 y 119) con un elevado consenso y aplazó un año la entrada en vigor, si bien la Ley constitucional 1/2012, del 20 de abril, sienta los principios del futuro desarrollo que se prevé en una suerte de nueva ley orgánica.<sup>55</sup> Hubo un proyecto de reforma —extenso— en Francia en 2011, bajo la Presidencia de Sarkozy, que parece detenido tras su tramitación en ambas Cámaras por su ausencia de aprobación en referéndum o por el conjunto del Parlamento, y que estaba articulado en una interesante categoría, la “ley cuadro plurianual” de programación de las finanzas públicas —al menos 3 años—, pero el actual presidente Hollande se ha mostrado contrario a las políticas de austeridad desde la campaña electoral.<sup>56</sup> La aventajada Suecia prevé unos interesantes sublímites de los topes.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> *Cfr.* Arroyo, Antonio, “La reforma constitucional de 2000 y las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal Alemana”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, núm. 10, 2010, pp. 40-71; Cordero, Eva, “La reforma de la Constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la Federación y los Länder”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 289-324; Kölling Mario, “Los límites de la deuda pública según la reforma de la Ley Fundamental Alemana de 2009”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, núm. 16, 2012, pp. 74-106; Bar, Antonio, *op. cit.*; Fernández-Wulf, Paula, *op. cit.*, pp. 20-24; Embid, Antonio, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

<sup>55</sup> Fabrini, Federico, “The Fiscal Compact, the golden rule and the paradox of european federalism”, *cit.*, epígrafe 2 D.

<sup>56</sup> Ruiz Ruiz, Juan José y Sánchez Navarro, Ángel, “El debate sobre la consagración constitucional de la estabilidad presupuestaria en Francia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 219-237. No obstante, el objetivo de equilibrio presupuestario ya tiene rango constitucional desde la reforma en 2008 del artículo 34 de la Constitución, una disposición que algunos autores consideran suficiente. Pero no se ha alcanzado un consenso para su puesta en práctica, pese a los graves desequilibrios de las finanzas públicas. Existe un llamado Informe Camdessus, a instancias del primer ministro, hecho público en 2010.

<sup>57</sup> Sébastien Richard, “Equilibre budgétaire et compétitivité : l’exemple suédois”, *Fondation Robert Schuman, Question D’Europe*, núm. 258, 12 de noviembre de 2012, pp. 1-6, [www.robert-schuman.eu/doc/questions\\_europe/qe-258-fr.pdf](http://www.robert-schuman.eu/doc/questions_europe/qe-258-fr.pdf), estima que “el modelo sueco” es uno de los mejores de la Unión en la gestión de las finanzas públicas. Existe un esfuerzo de consolidación presupuestaria, la deuda no sobrepasa el 40%, pese a ser un Estado de bienestar desarrollado, y parece gobernarse de manera ejemplar el presupuesto siguiendo reglas de planificación plurianuales. Significativamente, su política económica sigue la inspiración keynesiana, pero anticipándose a la crisis, es decir, incrementando el tesoro en momentos de expansión y utilizando los fon-

En otros continentes, Chile introdujo el artículo 67 de la Constitución bajo la influencia de la escuela de Hayeck, y Hong Kong, muy desarrollado económicamente, incorporó la regla en el artículo 107 de su Constitución y contempla habitualmente superávits presupuestarios.<sup>58</sup> Asimismo se mencionan a Australia y Nueva Zelanda como precursores de la restricción del déficit fiscal.<sup>59</sup>

Pero nuestra influencia más directa ha sido Alemania.<sup>60</sup> El límite al endeudamiento fue allí una conclusión, tras dos años de trabajos, del Comité sobre el federalismo y las relaciones financieras, integrado por miembros de ambas Cámaras y de las dietas de los *Länder*, después de la reforma de la Ley Fundamental de Bonn operada en 2006.<sup>61</sup> Esta segunda revisión del federalismo con una perspectiva más económica se concluyó en 2009 con una reforma que precisa el nuevo límite y acentúa la tendencia a una regulación detallada y técnica de la Constitución financiera. Así, desde la aprobación de la Ley Fundamental en 1949 ha habido un límite máximo al endeudamiento de la federación, se modificó en 1969 para referirlo únicamente a la cuantía prevista en los presupuestos para “gastos por inversiones”, y la ineficacia del modelo y la trasposición de las normas comunitarias llevaron a la reforma de 2009. La situación actual es pues el fruto de una evolución y de permanentes modificaciones.<sup>62</sup> Esta reforma constitucional alemana fue un “proceso reflexivo” —afirma Ridaura—<sup>63</sup> y no *express* como ha sido en España.<sup>64</sup> La Reforma

dos en los de recensión; los salarios se negocian con los sindicatos para permitir la competitividad de las empresas y existe una estrategia sobre ella; la financiación de la investigación se considera prioritaria; se cuida la formación profesional, etcétera.

<sup>58</sup> Cfr. Villalta, Gonzalo, *op. cit.*

<sup>59</sup> Arenas, Mónica, *op. cit.*

<sup>60</sup> Es una afirmación unánime, entre otros, *passim* Antonio Arroyo, *op. cit.*; Jorge García Andrade, “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista de Administración Pública*, 2012, núm. 187, pp. 31-66, epígrafe “El precedente alemán”, pp. 43 y ss.; Ma. Josefa Ridaura, *op. cit.*, p. 277; Cano, Juan, “Dudas y certezas de la reforma constitucional española de 2011”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 15, 2011, pp. 121-144, y un largo etcétera.

<sup>61</sup> Sobre este Comité Mario Kölling, *op. cit.*, p. 87

<sup>62</sup> Cfr. Cordero, Eva, *op. cit.*, pp. 300-306, quien recuerda que la propia sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 9 de julio de 2007 reconoció la ineficacia del límite constitucional y explica las causas de la ineficiencia del sistema anterior, derivadas en la práctica de la indeterminación del concepto de “inversiones”.

<sup>63</sup> Véase Ridaura, Ma. Josefa, *op. cit.*, p. 239, y Arroyo, Antonio, *op. cit.*

<sup>64</sup> López Aguilar, Juan Fernando, “De la Constitución irreformable a la reforma constitucional *express*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 199-218.

fue realizada con consenso por un gobierno de gran coalición y solo el ala de izquierda del SPD y *Die Linke* lo criticaron. Se contemplan algunas lógicas excepciones a la regla, cabe un endeudamiento coyuntural para ambos niveles territoriales,<sup>65</sup> y se crea un interesante Consejo de Estabilidad (*Stabilitätsrat*) para vigilar las cuentas federales y de los Länder. Una institución muy propia de un sistema federal y sobre la que convendría reflexionar en nuestro país desde una perspectiva comparada.<sup>66</sup> Los cinco Länder más débiles económicamente reciben bastantes millones de euros anuales para consolidar las cuentas en un ejercicio de solidaridad federal. Puede entenderse, por tanto, que Alemania pida reformas federales de la Unión antes de conceder mayores dosis de solidaridad financiera como se le demanda desde el Sur.

Mucho antes, desde mediados del siglo XIX y comenzando en 1846 por Nueva York, contemplaban la regla de estabilidad la mayoría de Constituciones de los estados de Estados Unidos —30 sobre 50—, y las Provincias de Canadá, pero al parecer prácticamente todos los Estados que no tienen esta regla constitucional se acomodan a ella con la única exclusión de Vermont;<sup>67</sup> del mismo modo, la Federación rechaza rescatar a los Estados morosos o quebrados.

<sup>65</sup> Sobre este punto Cordero, Eva, *op. cit.*, p. 308.

<sup>66</sup> Fernández-Wulf, Paula, *op. cit.*, pp. 23 y 24, da noticia de que el Consejo de Estabilidad está formado por los ministros federales de Economía y Tecnología, y por los ministros de Finanzas de la Federación y los Länder; vigila la ejecución de los presupuestos de los dos y en particular los progresos de los cinco Länder del Este receptores de ayudas a la consolidación; si se descubren situaciones de emergencia presupuestaria, se activan programas de saneamiento o rehabilitación del presupuesto en varios años y se controla su seguimiento. Se reúne al menos dos veces al año, si bien funciona también en grupos de trabajo, y actúa como órgano de coordinación presupuestaria; toma sus decisiones por mayoría de 2/3 de los Länder y los votos de la Federación.

<sup>67</sup> Sigo en este punto a Villalta, Gonzalo, *op. cit.*, y Fabrini, Federico, “The Fiscal Compact...”, *cit.*, pp. 21-22. Fabrini resalta las diferencias entre el sistema federal de los Estados Unidos y el de la eurozona. Fueron los Estados quienes debatieron e impusieron esta regla de oro, arrancando de la desconfianza de Jackson hacia las mayorías, y no la Federación que adoptó una posición neutral a diferencia de lo acaecido en la Unión Europea. Segundo, los poderes financieros de los Estados han sido completados por la Federación desde el *New Deal* mediante ayudas, subvenciones o transferencias monetarias en un modelo cooperativo. Tercero, es la Federación la que adopta políticas keynesianas en tiempos de crisis en especial la política monetaria de la Reserva Federal, pero también la posibilidad de financiarse mediante bonos federales. Las autoridades e instituciones de la Unión carecen de estos poderes. La paradoja del federalismo europeo es precisamente esta ausencia de un rol principal

#### 4. *La ausencia de poder de endeudamiento del BCE: una aporía*

Significativamente el gobierno de Estados Unidos y la Reserva Federal no tienen estas limitaciones, y pese a que hubo peticiones en este sentido, ya se ha expuesto que una enmienda constitucional fue rechazada por la Cámara de Representantes. El presupuesto federal norteamericano permite financiarse mediante el déficit, todo lo cual revela que el sistema europeo —no se advierten razones por las cuales habríamos de ser distintos— no puede en buena lógica funcionar si el sistema monetario y el Banco Central Europeo (BCE) no tienen el poder de endeudarse ocasionalmente. Europa adolece de la falta de un Tesoro común y el BCE interpreta que el mandato de los tratados ciñe sus funciones a la estabilidad de precios. Parece un modelo desprovisto de lógica sistémica.

#### 5. *La ocasión y la justificación de la reforma constitucional*

La justificación estuvo fundada tanto en la oportunidad de la consolidación fiscal y el equilibrio financiero como en la necesidad de dar eficacia a un objetivo de la política económica europea. Mas la ocasión española fue muy coyuntural, pues estuvo en intentar tranquilizar —con prisas— a los mercados de deuda pública y a los inversores, para facilitar la compra de la misma y la llegada de ayudas a cargo del BCE. No es evidente que la confianza se haya conseguido todavía pero al menos la situación no ha empeorado. Pero es cierto que la modificación no parece tener un sentido meramente coyuntural sino estructural o constitucional. Con la creación del Sistema Europeo de Bancos Centrales, los Estados miembros integrados en la unión monetaria ya no tienen asegurada la financiación de sus déficits por sus propios bancos ni la renovación de la deuda pública que no amorticen ni tampoco tienen el poder de disponer de su moneda para devaluarla sino que deben buscar la confianza de acreedores privados, otorgándoles garantías.<sup>68</sup> Esta comprensión de la situación financiera, una cierta privatización de la deuda, es imprescindible para entender la consa-

de las instituciones de la Unión en la política macroeconómica tanto como que el rechazo del federalismo en muchos Estados europeos ha provocado una mayor centralización y menosprecio de su soberanía financiera. Toda una ironía.

<sup>68</sup> Así lo expresa con acierto García Andrade, Jorge, *op. cit.*, epígrafe “Razones para la reforma...”, p. 34.

gración constitucional del freno al endeudamiento y del ulterior desarrollo legal.<sup>69</sup>

6. *Un debate hurtado: ¿es materia con rango constitucional o legal?*

No hemos debatido en España este importante extremo que dista de ser formal. No ha habido un momento constituyente sino una acusada precipitación de nuestros líderes quienes no concedieron importancia a los procedimientos constitucionales, pese a que son esenciales para satisfacer el principio democrático y asegurarse de la legitimidad y el acierto en las decisiones. No se trata de meras formas o trámites engorrosos —según parece creerse— sino cautelas de procedimiento: un error de neófitos en la democracia constitucional. En la reforma constitucional polaca, por ejemplo, se discutió mucho si el límite al endeudamiento debía ser una materia constitucional, y si era oportuno formalizar los topes, aduciendo incluso problemas técnicos de cómputo, razones por las cuales su solución se reenvió a la ley. También en Alemania fue conflictivo el rango constitucional por considerar alguno que se trataba de una materia técnica y prolija, impropia de una norma de ese rango; pero la experiencia derivada de la ineficacia del indeterminado límite constitucional anterior fue decisiva en favor de la constitucionalización.<sup>70</sup> Nosotros, por el contrario, hemos aprobado la reforma constitucional más importante en tres décadas sin apenas debatirla. Por eso no es extraño que sean varios los defectos en la reforma y en la Ley Orgánica de desarrollo que —como veremos— denotan mala técnica e improvisación: dos caras de la misma moneda. Quién huye de la lógica del derecho constitucional luego no puede obtener sus bien acreditados beneficios.

7. *¿Incorporamos una regla neutra?*

¿Estamos cercenando la posibilidad de alternativas en la dirección de la política económica?<sup>71</sup> ¿Es la estabilidad presupuestaria una ideología

<sup>69</sup> No obstante como reconoce el propio Joseph Stiglitz (*El precio de la desigualdad*, cit., p. 280) el verdadero test de calidad de la deuda es la prima de riesgo que exigen los inversores.

<sup>70</sup> Véase María Cordero, Eva, *op. cit.*, p. 315.

<sup>71</sup> Así, entre otros, Martínez Lago, Miguel Ángel, “Crisis fiscal y reforma de la Constitución”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, p.

liberal que dificulta las políticas socialdemócratas?<sup>72</sup> ¿Hemos consagrado una política económica liberal en la Constitución? ¿Hemos enterrado definitivamente a Keynes en provecho de Hayeck o de Buchanan, esto es, ha habido un cambio de paradigma? O, por el contrario, se trata de una regla neutra que admite diversas direcciones políticas. Buchanan afirma en sus estudios sobre las bases constitucionales de la teoría económica (*public choice theory*) que las decisiones económicas deben tomarse en el contexto de las limitaciones constitucionales que entraña la *Balance Budget Amentment*: “Es necesario constreñir la proclividad de los gobiernos a gastar sin gravar en impuestos y su corolario que es la financiación intergeneracional de la deuda pública”.<sup>73</sup>

En el mismo sentido y con claridad de ideas Villalta<sup>74</sup> sostiene que el equilibrio presupuestario es una regla neutra, dentro de la cual cabe perfectamente un Estado social, respetando el marco estructural que implica la sostenibilidad del gasto.<sup>75</sup> Menciona en apoyo de su posición el ejemplo de Suecia, un Estado de bienestar muy consolidado que goza

18, afirma que la reforma inclina la Constitución hacia un espectro político, propio de la ortodoxia liberal. Una conclusión que es —a mi juicio— cierta respecto de los orígenes de la idea, pero que podría estar extendiéndose transversalmente a otras ideologías con distintos entendimientos. Al tiempo el autor recuerda con ironía que la Constitución no tiene virtudes de vacuna frente a la crisis o el déficit (p. 21), a mi parecer, sí podría ser una profilaxis, si se consolida la voluntad política de no endeudarse en exceso.

<sup>72</sup> Es sugerente Christian Joerges, “Qué tiene de social-demócrata la Constitución económica Europea”, *cit.*, quien recuerda el debate en Alemania tras la caída del muro de Berlín sobre qué es y qué queda de la izquierda —*What is Left?*— y se interroga sobre si puede el modelo europeo de Estado de bienestar sobrevivir a la globalización —a esas comunidades políticas desreguladas que son los mercados—, y si sobrevive aún la idea de Constitución económica, subrayando las afinidades entre el proyecto de integración europea y la extensión al resto de Europa de los argumentos del “ordo-liberalismo” de la escuela de Friburgo, preguntándose qué ha sido de la economía social de mercado.

<sup>73</sup> Villalta, Gonzalo, *op. cit.*

<sup>74</sup> *Idem.*

<sup>75</sup> En el mismo sentido, Garcés, Mario, “En torno al concepto de estabilidad presupuestaria...”, *cit.*, pp. 19 y ss., quien cree que han cambiado los patrones tradicionales del comportamiento político entre el pensamiento de izquierdas y el pensamiento económico liberal y existen puentes de entendimiento sobre el postulado de la estabilidad presupuestaria: no puede abominarse del déficit y a la vez defender cada partida de gasto que nos afecta o abominar de los mayores impuestos; pero tampoco desecharse la creación de autoridades independientes de supervisión técnica del proceso presupuestario.

de un superávit presupuestario<sup>76</sup> —y significativamente decidió no incorporarse al euro—. La regla entraña únicamente un método: ajustar las prestaciones sociales, con austeridad y una mejor organización de los servicios en su gestión e inspección, a las cuantías de las que se disponga básicamente mediante ingresos fiscales. Existe un Consejo de Políticas Presupuestarias que hace evaluaciones de las políticas presupuestarias y eleva un informe anual al gobierno que es asimismo expuesto ante la Comisión de Finanzas del Parlamento.<sup>77</sup>

La tesis me parece bastante sólida, un Estado no puede endeudarse de forma permanente y desproporcionada, no puede ser un sistema estructural de financiación, y ahora se advierte con mayor claridad. Tal recurso financiero debe de ser coyuntural, en momentos bajos del ciclo económico y además poseer serios límites. ¿Quién va a pagar en la próxima década todos esos préstamos que hemos suscrito alrededor de un 5% de intereses? El gobierno prevé que se cierre 2012 con una deuda que es ya superior al 85.3% del PIB y es aún mayor en otros Estados europeos.

La doctrina alemana, donde igualmente se proclama un Estado social y fue el referente principal de la reforma española, ha trasladado a este escenario presupuestario la idea de la *sostenibilidad* elaborada en materia de medio ambiente. De forma semejante se argumentó en la correspondiente comisión constitucional por el partido liberal que propuso en Polonia la reforma en 1996, invocando la responsabilidad ante las generaciones futuras para crear una guillotina de gastos.

No obstante, este juicio de valor favorable a la existencia del principio no permite dar respuesta a otros interrogantes no menos importantes. ¿Cuál es el lapso de tiempo con el que debieron hacerse los ajustes necesarios para pasar de uno a otro sistema? Quizás una planificación racional ya no era posible por no haber actuado a tiempo y los drásticos recortes, a veces desproporcionados, respondan a nuestra vieja naturaleza bárbara e ibera que creíamos superada desde la transición. España es un país acostumbrado desde hace varias legislaturas a un grave vicio: la incapacidad de generar consensos parlamentarios que permitan realizar constantes reformas con permanente voluntad regeneracionista. Tene-

<sup>76</sup> Véase también Fernández-Wulf, Paula, “Límites constitucionales al gasto público...”, *cit.*, pp. 5-8, informa de que existe un techo de gasto desde 1997, que se actualiza según el comportamiento multianual, e incluye una reserva para contingencias, y se introdujo como meta un objetivo de superávit del 1% del PIB, y un control *ex ante* de los presupuestos de los gobiernos locales.

<sup>77</sup> *Idem.*

mos una Constitución bloqueada y un Estado irreformable desde hace demasiado tiempo.

### 8. *Su compatibilidad con el Estado social y el Estado autonómico*

Habría que hacer un esfuerzo para compaginar el bienintencionado mandato de la norma constitucional de apertura (artículo 1.1 CE), promover y mantener un *Estado social*, con el principio de estabilidad presupuestaria que establece ahora el artículo 135 CE.<sup>78</sup> Nos harán falta unos servicios públicos y unos derechos sociales y principios rectores mucho más económicos: los derechos sociales no tiene por qué ser baratos pero deberán ser austeros. Ese es el reto. Pero a corto plazo corremos el riesgo de degradar los servicios publicados desarrollados por el Estado durante décadas hasta hacerlos irreconocibles.<sup>79</sup> Una forma radical, y por ello bárbara o incivilizada, de realizar las reformas tras no actuar, haciendo ajustes, durante décadas.

En mi trabajo sobre el derecho a la seguridad social<sup>80</sup> —salud, seguridad social y educación son el núcleo de un Estado social—, redactado en un contexto de derecho comparado, razonaba que a mi entender los ciudadanos tenemos un derecho al mantenimiento de este sistema de previsión según la Constitución y varios tratados internacionales. Pero es un derecho a que la ley conceda y cuantifique unas prestaciones que está sometido al límite derivado de lo presupuestariamente posible; por eso muchos autores europeos —alemanes especialmente— niegan que quepa un derecho fundamental cuyos contenidos estén tan en las manos de

<sup>78</sup> La exposición de motivos de la proposición de reforma constitucional del artículo 135 CE reconocía que la estabilidad presupuestaria “adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado y de mantenimiento y desarrollo del Estado social”.

<sup>79</sup> “Austeridad y gobierno pequeño” es una mala combinación según Joseph Stiglitz, *El precio de la desigualdad*, cit., pp. 283 y ss. Los programas de reducción del déficit pueden ampliar las desigualdades. Es un mito que la austeridad traiga consigo la recuperación y que políticas alternativas de impuestos o unas mayores inversiones públicas no sean eficaces (p. 293), especialmente si se destinan a inversiones de alta productividad como las que facilitan la reestructuración de la economía (p. 298).

<sup>80</sup> García Roca, Javier, “Constitutional principles concerning Social Security system in Spain: a citizens’s right”, en Jihong, Mo (ed.), *Study on the Worldwide Constitutional Law for the Beijing and Xi’an Meetings of International Association of Constitutional Law*, China, 2011, pp. 321-349, y en *Estudios de Homenagem a Prof. Jorge Miranda*, Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, vol. II, pp. 59-79.



la ley y su objeto sea tan impreciso. Nadie puede pagar lo que no tiene. Deberemos ajustar mucho en el futuro la “necesidad” que justifique los beneficios sociales y la existencia y cuantía de las prestaciones tanto como la proporcionalidad de las medidas legales que supongan interferencias y graves restricciones en este derecho. Veremos si puede hacerse...

Me parece muy interesante el ejemplo de Suecia (artículo 8o. del Instrumento de Gobierno, norma con rango constitucional)<sup>81</sup> que obliga a que el Parlamento autorice la suscripción de créditos y obligaciones financieras. Esta ley del Parlamento, una suerte de ley constitucional (artículo 12), establece un límite de gasto de acuerdo con los ingresos. Existen diferentes límites por áreas estableciéndose prioridades políticas: justicia, salud, servicios sociales, ayudas a los estudiantes, educación, investigación. Tal adecuación de los límites presupuestarios a la prioridad de ciertos servicios públicos debería estudiarse con más calma entre nosotros. Villalta se muestra favorable al establecimiento de estos sublímites por creer que resultan mucho más ciertos en su aplicación.<sup>82</sup>

Respecto de la compatibilidad con el *Estado Autónomo* (artículos 2o. y 137 CE), nuestro Estado de tres términos está muy consolidado por más que necesite de serias modificaciones.<sup>83</sup> La crisis económica no debería aprovecharse para cambiar bruscamente el sentido de la marcha —de nuevo el secular centralismo español que parecía extinto y solo estaba dormido y ha sido espoleado por el no menos exagerado independentismo— en treinta años con medidas como puede ser devolver las competencias al Estado, pero puede obligar a realizar reordenaciones basadas en políticas de suficiencia financiera y estabilidad;<sup>84</sup> no obstante, no debería operar como una patente corso que legitime cualesquiera modificaciones. Ahora bien, hay que hacer urgentes reformas, clarificar las competencias, y subir a la Constitución las experiencias en conflictos

<sup>81</sup> Sigo a Villalta, Gonzalo, *op. cit.*, p. 5.

<sup>82</sup> *Idem.*

<sup>83</sup> Cfr. García Roca, Javier, “¿Una reforma de la Constitución territorial en sentido federal?”, Tudela, José (coord.), *Debates sobre el Estado autonómico. Desafíos actuales y futuros*, Fundaciones Konrad Adenauer y Giménez Abad, edición electrónica en [www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2012/20120920](http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2012/20120920).

<sup>84</sup> El polémico anteproyecto de ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local invoca en su exposición de motivos la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera que —se dice— exige nuevas adaptaciones de la normativa básica en materia de Administración local para una adecuada aplicación de los principios de sostenibilidad financiera, eficiencia y equilibrio presupuestario.

competenciales y finanzas de todos estos años. La crisis económica no podrá afrontarse bien con los actuales instrumentos constitucionales sin modificar algunos títulos competenciales —obsoletos o transformados en su exégesis por la jurisprudencia—, y alcanzar un mínimo acuerdo en la financiación autonómica. La Constitución ni siquiera habla del comercio interior o de la unidad del mercado como quizá sorprenda —con razón— a quien no se encuentre avezado en estas materias. Sin embargo, algunos de nuestros partidos se obstinan en huir del derecho constitucional y pretender no modificar jamás la Constitución territorial mediante reformas parciales, algo de lo que no hay precedentes en el buen constitucionalismo.

En suma, habrá que creer —y afrontarlo como reto e hipótesis de partida— que la estabilidad presupuestaria es una regla neutra frente al Estado social y al Estado autonómico, pero va a ser difícil —casi imposible— mantener el habitual principio de la interpretación sistemática en relación con otros preceptos constitucionales, porque su lógica es la de una norma de aplicación preferente.

### 9. *La peligrosa infravaloración del procedimiento constitucional*

De estas cuestiones procedimentales ya se han ocupado varios autores, lo que me permitirá ser sucinto y limitarme a subrayar algunos rasgos de los que se extrae una conclusión relevante: hemos seguido un procedimiento inadecuado para una reforma constitucional.<sup>85</sup> La reforma fue fruto de una iniciativa conjunta de los grupos parlamentarios del PSOE y PP, anunciada previamente a su propio grupo por el presidente Zapatero de forma imprevista en el Congreso de los Diputados y presentada nada menos que a finales de agosto. No hubo una comisión de informe ni estudios previos o trabajos preparatorios. Tampoco se requirió el informe del Consejo de Estado al que paradójicamente se le quiso dar tanta importancia por el mismo gobierno del presidente Zapatero en la VIII Legislatura,

<sup>85</sup> Cfr. García Escudero, Piedad, “La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 CE (especial consideración de la inadmisión de enmiendas. Los límites al derecho de enmienda en la reforma constitucional), *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 165-198, para quien la descripción detallada del procedimiento dista de ser ejemplarizante; también Ripollés, Rosa, “Procedimiento parlamentario de la reforma constitucional de 2011”, en Álvarez Conde, Enrique y Souto, Clara (dirs.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, cit., pp. 227-248, y Cano, Juan, *op. cit.*, epígrafe “los aspectos procedimentales”.

otorgándole labores de informe de una tentativa de reforma constitucional más amplia; sorprendentemente, ahora en la IX Legislatura no se le concedieron esas facultades que poco antes se habían estimado necesarias. Una actitud que me parece contradictoria.

La reforma se aprobó sin apenas debate parlamentario —en solo 2 horas y 40 minutos— y siguiendo una tramitación a caballo de dos procedimientos especiales: lectura única y por el procedimiento de urgencia, es decir, a la carrera. Y, si bien es verdad que el Reglamento del Congreso de los Diputados no regula expresamente el procedimiento de reforma del artículo 167 CE, más allá de la exigencia de la iniciativa de dos grupos parlamentarios o una quinta parte de los diputados y el voto favorable de tres quintos de los miembros (artículo 146), la tramitación elegida no tiene sentido alguno desde la lógica del parlamentarismo dada la entidad de una reforma constitucional.<sup>86</sup> Toda la tramitación en el Senado duró cinco días.

De hecho, hubo una enmienda a la totalidad con texto alternativo de ERC e IU en la que se impugnaba el procedimiento parlamentario y se pedía seguir el procedimiento de reforma del artículo 168 CE, con referéndum y doble votación de las Cámaras, por considerar afectados derechos fundamentales y contenidos del Título Preliminar de la Constitución. Una enmienda que fue inadmitida y también el posterior recurso de amparo por el ATC 9/2012, del 13 de enero.<sup>87</sup> Sin embargo, una sentencia que hubiera desestimado con razones el fondo del asunto no hubiera sido ociosa en un tema de tanta envergadura —así lo señala también un voto particular— dada la escasísima doctrina del Tribunal sobre el control de constitucionalidad de la reforma, cuestión clásica y de innegable trascendencia constitucional, situación que justifica y obliga a la admisión por mandato legal.

Quizá no fuera inconstitucional la opción por ese doble procedimiento especial según sostuvo el intérprete supremo, pero fue muy inadecuada a la naturaleza de un debate constituyente y a la interferencia en los derechos políticos afectados. De hecho, la decisión mayoritaria del Tribunal Constitucional fue discutida en votos particulares. Es harto difícil argumentar que tamaña urgencia en la tramitación de la reforma existiera.

<sup>86</sup> Muy crítico es también Jimena, Luis, “La reforma del artículo 135 de la Carta Magna española...”, *cit.*, 2012.

<sup>87</sup> Puede verse Villaverde, Ignacio, “El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oxímoron constitucional? Comentario al ATC 9/2012 sobre la reforma del art. 135 CE”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 483-498.

No obstante, las razones de la enmienda a la totalidad me parecen igualmente forzadas, no creo que el referéndum fuera constitucionalmente obligado, ya que no nos movíamos en la esfera de los contenidos reservados al procedimiento de reforma agravado como acertadamente reconoció el ATC 9/2012. Pero es no menos inadmisibles la discusión de toda una reforma constitucional mediante los procedimientos de urgencia y lectura única. Fue una decisión poco respetuosa con el Parlamento, las minorías parlamentarias y la opinión pública. Me parece importante la conclusión, porque esta tramitación no debería tomarse en el futuro como un precedente sino como una mala práctica.

Todo ello produce la impresión de un impulso gubernamental precipitado e improvisado<sup>88</sup> ante el afán de calmar a los mercados. No había necesidad alguna de no apurar los plazos europeos, por el contrario, hubiera sido lógico tomarse unos meses en la tramitación a la búsqueda de un amplio consenso y mayores seguridades. En Alemania se hizo después de dos años de discusión.<sup>89</sup> La estabilidad constitucional no puede depender de la coyuntura financiera. Sobre todo, no puede avalarse el peligroso precedente que entraña la minusvaloración del procedimiento constitucional. Improvisación y reforma constitucional son términos antitéticos. Toda dinámica constitucional reclama estabilidad, una amplia base de decisión y la mayor certeza posible.

Se ha discutido también la falta de consenso con las pequeñas minorías parlamentarias, aduciendo que con ello se rompió el inicial consenso constitucional de finales de los años setenta. Sin embargo, tampoco hubo un consenso absoluto en la aprobación de la Constitución, y no es lo mismo erigir una nueva situación política democrática que efectuar reformas constitucionales parciales. Por lo demás, hace varias legislaturas que la voluntad de consenso ha desaparecido de entre nosotros. Veo inevitables en el futuro reformas constitucionales pactadas por los dos grandes partidos y ojalá con la tercera o cuarta minoría de ámbito estatal

<sup>88</sup> Javier García Fernández insiste en ese rasgo, la improvisación, y se hace eco del extendido rumor (p. 311) del envío al Presidente de una carta del Gobernador por los Gobernadores del Banco Central Europeo y del Banco de España con esta exigencia de reforma constitucional para comprar deuda pública y frenar el riesgo de la intervención ("Reformas constitucionales posibles y reformas constitucionales imposibles. Notas previas a la reforma de la Constitución", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 301-314).

<sup>89</sup> Insiste igualmente en este contraste con el proceso de reforma alemán Enoch Albertí, "La reforma del artículo 135 CE. Encuesta sobre la Reforma constitucional", *cit.*, p. 165.

(UPyD o IU), pero a las que podría ser difícil que se sumaran las fuerzas nacionalistas si se trata de reformas territoriales.<sup>90</sup> El compromiso o el consenso no pueden entenderse como la necesidad de la identidad sino como un procedimiento que conceda una oportunidad a la publicidad, discusión, participación e integración de todas las minorías. Que solo se excluya quien no esté dispuesto a transigir y renunciar, una lógica sanción a su propia intransigencia e intolerancia.

#### 10. *Un conjunto de nuevas reglas y principios constitucionales*

Nuestra reforma no me parece un mal equilibrio entre certeza y disciplina presupuestaria y flexibilidad constitucionales, tampoco a otros autores extranjeros —con el distanciamiento que en ellos se supone—,<sup>91</sup> salvo en lo más importante y que debió resolverse en la propia Constitución: los controles sobre las Comunidades Autónomas en casos de incumplimiento. Este segundo juicio desvirtúa en buena medida —casi en su totalidad— la validez del primero. Mas conviene profundizar en la estructura normativa del precepto, porque toda buena interpretación constitucional depende de una adecuada comprensión que reclama al intérprete ubicarse correctamente ante cada tipo de norma.

<sup>90</sup> Juan Fernando López Aguilar, *op. cit.*, pp. 210 y 211, razona sobre la actitud de las minorías nacionalistas en la reforma del artículo 135 CE quienes —subraya— intentaron “abrir el melón” a otras reformas constitucionales con una voluntad de defensa de los llamados hechos diferenciales. La Mesa del Congreso rechazó tramitar siete de las 24 enmiendas presentadas (García Escudero, Piedad, *op. cit.*, pp. 168, 180 y ss., y Rosa Ripollés, *op. cit.*, pp. 239 y ss., las enumeran y describen con precisión), por la falta de homogeneidad y congruencia de sus contenidos con la propuesta o afectar al Título Preliminar de la Constitución, entre ellas las de PNV y ERC para reconocer el derecho de autodeterminación, pero también el texto alternativo de IU que incluía una mención a la República, y la propuesta de UPyD de abordar una reforma constitucional a fondo que afectara al sistema electoral y el reparto de competencias.

<sup>91</sup> Villalta, Gonzalo, “La constitucionalización...”, *cit.*, español pero afincado en Hong Kong; Fabrini, Federico, “Il pareggio di bilancio nelle Costituzione degli Stati membri dell’ UE”, *Quaderni Costituzionale*, núm. 4, 2011, pp. 933-935; también “The Fiscal Compact, the golden rule and the paradox of european federalism”, *cit.* Agradezco a ambos autores el previo acceso a ambos manuscritos por cuyas páginas cito en estas notas.

El nuevo artículo 135 CE<sup>92</sup> es una disposición constitucional de estructura compleja e integrada por varios tipos de normas:

- La vinculación a un *principio constitucional*, la estabilidad presupuestaria.
- *Dos prohibiciones y límites de déficit y deuda*: son dos caras de la misma moneda, estando el primero al servicio del segundo.
- Y un *doble reenvío* para su fijación a la Unión Europea y a la Ley Orgánica.
- La *autorización por ley* para emitir deuda pública y para contraer crédito.
- La *prioridad del pago* de la deuda pública.
- Unas *excepciones* a la regla en varias situaciones.
- Una *reserva constitucional y habilitación* a la ley orgánica.
- Un *mandato a las Comunidades Autónomas* de adoptar disposiciones para hacer efectivo el principio.

*La baldía Disposición Adicional Única.* La reforma contempla junto al artículo 135 CE una disposición adicional única en la que se fijaba (apartado 1o.) un plazo hasta el 30 de junio de 2012 para aprobar la Ley Orgánica de desarrollo. Un término que no se agotó. Con mayor relevancia, el apartado 3 difería la entrada en vigor del límite de “déficit estructural” a partir de 2020<sup>93</sup> (no se alude expresamente a la deuda pero, como ha señalado el Consejo de Estado, parece lógico que tenga el mismo horizonte temporal). Este razonable periodo de reajuste no se ha cumplido por los exigentes

<sup>92</sup> Fernando de la Hucha cree que la reforma debería haber afectado al artículo 134, sobre los Presupuestos Generales del Estado, y no al artículo 135 CE, referido a la deuda pública, pero no lo argumenta (“La reforma constitucional...”, *cit.*, p. 17), y en otro de sus trabajos razona que estamos ante un principio presupuestario distinto al de equilibrio (“La reforma del artículo 135...”, *cit.*, p. 29). Sin embargo, a mi entender, el contenido del segundo precepto parece más específico y su objeto más adecuado para un freno constitucional al endeudamiento. Pero es verdad que también puede haber pesado en la —acertada— opción del poder de reforma que el Tribunal Constitucional había sostenido que las prescripciones del artículo 134 CE sobre los Presupuestos General del Estado no se aplican directamente a las Comunidades Autónomas.

<sup>93</sup> Igualmente, en Alemania, una serie de disposiciones transitorias diferían la aplicación de los nuevos límites a los Länder hasta el 31 de diciembre de 2019, y para la Federación hasta el 1 de enero de 2016. Los Länder con mayores problemas financieros recibirán ayudas de consolidación hasta 2019. Sigo a Eva María Cordeiro, *op. cit.*, p. 311.

imperativos europeos ante los acuciantes tiempos de la crisis financiera que han impuesto una transición acelerada. Se ha revelado como una disposición inútil.

*El principio de estabilidad presupuestaria.* Es una garantía a la que deben adecuarse todas las administraciones públicas: una perspectiva que deben tener en cuenta para que oriente e inspire la conformación de sus actuaciones. Las demás normas están al servicio de este principio. La exposición de motivos de la reforma (párrafo 2) recuerda que es un instrumento de la Unión Económica y Monetaria y que ya fue recogido en normas internas de rango legislativo. En efecto, a causa del derecho comunitario, estaba ya en el Real Decreto Legislativo 2/2007 del 28 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

La Ley Orgánica va a entender la estabilidad como *sostenibilidad financiera* según su exposición de motivos (párrafo 9). Una expresión que manejan los especialistas y con la que se pretende reforzar la estabilidad, al comprenderla no solo como un principio coyuntural sino como una “conducta financiera permanente”. Quiere significarse una situación de equilibrio o de superávit estructural (artículo 3.2 Ley) y debe entenderse como la capacidad de financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda (artículo 4.2). Así por ejemplo, manejando esta lógica, Hong Kong tiene un superávit que le permitiría cubrir los gastos de dos anualidades, y esta previsión se comprende allí como parte de la tradición anglosajona ligada a una cultura de buena administración.

*Prohibición de déficit estructural, tope máximo y doble reenvío.* El tope constitucional descansa en puntos de referencia europeos: ni el Estado ni las Comunidades Autónomas pueden superar los márgenes establecidos por la Unión. El reenvío constitucional a las normas de la Unión es acertado, porque es un objetivo económico impuesto por la integración europea, fue la razón de la reforma y es el lugar donde pueden producirse modificaciones sobrevenidas.<sup>94</sup> La Constitución establece que una Ley Orgánica fijará el déficit estructural permitido a ambos entes territoriales en relación con el PIB; mientras a los entes locales, en cambio, se les impone la estabilidad y no se les permite el déficit, porque su financiación está en manos de los otros dos entes territoriales y no tienen apenas mecanismos

<sup>94</sup> En sentido contrario Fernando de la Hucha (“La reforma del artículo 135...”, *cit.*, p. 38) quien cree que la Constitución española, como la alemana, debió fijar directamente estos topes.

autónomos para financiarse y alcanzar la suficiencia financiera. Es bueno que no se mencionen cifras o porcentajes límites en la Constitución, con cierta flexibilidad, para facilitar modificaciones posteriores, dada la rigidez de las normas constitucionales.<sup>95</sup>

*Prohibición de que el volumen de deuda pública supere un tope máximo.* Asimismo se prohíbe que el volumen de deuda del conjunto de las administraciones públicas en relación con el PIB supere el valor de referencia establecido en el TFUE.

*Excepciones a los límites y desviaciones presupuestarias.* Solo pueden superarse ambos límites en tres situaciones excepcionales: catástrofes naturales, recesión económica, o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado (apartado 4 del artículo 135). Unas situaciones todas ellas que deben ser apreciadas por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. La técnica está inspirada en los artículos 109 y 115.2 de la Ley Fundamental de Bonn.

Esta adecuada flexibilidad de las normas constitucionales destensa la rigidez derivada de la estricta prohibición constitucional.<sup>96</sup> Si bien la excepción sobre situaciones de recesión económica no se está cumpliendo actualmente por la rigidez de los objetivos de la política europea, pero debería permitir en el futuro una política económica anticíclica y ahorrar en fases de expansión económica y endeudarse en las de menor crecimiento, alcanzando un presupuesto equilibrado a largo plazo.<sup>97</sup>

*La autorización por ley para emitir deuda pública.* Se demanda tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, pero en su versión previa se ceñía al gobierno.<sup>98</sup> Villalta sostiene que esta cláusula es menos frecuente en derecho constitucional comparado, pero que merece un parecer positivo desde la perspectiva de un procedimiento con una adecuada *accountability* —transparencia y rendición de cuentas—, y resalta que está también previsto en el artículo 8o. del Capítulo VIII del Instrumento de Gobierno de la Constitución de Suecia de 1974.<sup>99</sup> No obstante, ya hemos

<sup>95</sup> Véase Fabrini, Federico, “Il pareggio...”, *cit.*, p. 3.

<sup>96</sup> Con detalle, García-Andrade, Jorge, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

<sup>97</sup> En este sentido y sobre el análogo precepto en Alemania, Cordero, Eva, *op. cit.*, p. 309, y Köllig, Mario, *op. cit.*, p. 89.

<sup>98</sup> Ridaura, Ma. Josefa, *op. cit.*, p. 286.

<sup>99</sup> La Constitución de Suecia se compone de cuatro leyes fundamentales. El Instrumento de Gobierno (1974), la Ley de Sucesión (1810), la Ley de Libertad de prensa (1949), la Ley de libertad de expresión (1991). Hay también una ley sobre el Parlamento con un estatuto especial, pero que no se califica como una “ley funda-



visto que estaba asimismo en el artículo 87 de la Constitución de Weimar y, al nivel legal, la LOFCA ya exigía la autorización estatal para contraer ciertas operaciones de crédito.

*Preferencia en el pago de la deuda pública. Deber de previsión de créditos. Exclusión del derecho de enmienda.* Se determina una importante preferencia en el pago de los intereses y capital de la deuda. Una cuestión que concreta la Ley Orgánica de Estabilidad (artículo 14) diciendo que es una prioridad absoluta, es decir, frente a cualquier otro gasto, y que los créditos presupuestarios para satisfacer esa deuda —intereses y capital— se entenderán siempre incluidos en el estado de gasto de los presupuestos, añadiendo que “no podrán ser objeto de enmienda”. Estamos pues ante un compromiso de pago con el más alto grado de persuasión posible para los inversores: se busca un estatuto constitucional que inspire confianza.<sup>100</sup> Este deber de prever créditos presupuestarios a tal fin, reforzado por la exclusión del derecho de enmienda, se considera una garantía para los acreedores del Estado del más alto rango normativo. Mas no falta quien considera que puede verse como una discriminación subjetiva entre los acreedores de las administraciones públicas.<sup>101</sup> No es fácil compartir este juicio porque una norma de rango fundamental puede establecer criterios de prelación en el pago fundados en razones objetivas como son las necesidades públicas de financiación. Por otro lado, se produce una limitación más al debate parlamentario en materia presupuestaria, restringiéndose el derecho de enmienda, que es un derecho fundamental de las minorías ex artículo 23.2 CE, pero de configuración legal según la jurisprudencia constitucional.<sup>102</sup> A esta nueva restricción pueden trasladarse los reparos surgidos en el debate que ya hemos sostenido sobre las limitaciones de las Cámaras al derecho de enmienda de los Presupuestos.<sup>103</sup>

mental”, aunque ciertas partes del mismo son más difíciles de cambiar que las leyes ordinarias, a Ley del *Riksdag* (1974)

<sup>100</sup> Villalta, Gonzalo, *op. cit.*

<sup>101</sup> Fernando de la Hucha sostiene (p. 26) que se introduce un nuevo principio presupuestario de prelación en el pago (“La reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 153, pp. 21-48).

<sup>102</sup> Véase García Roca, Javier, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 CE*, Pamplona, Aranzadi, 1999, epígrafe “El derecho de enmienda”, pp. 314 y ss.; Redondo, Ana, *El derecho de enmienda en los procedimientos legislativos de las Cortes Generales*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001.

<sup>103</sup> Véase, entre otros, Martínez Lago, Miguel Ángel, *Ley de Presupuestos y Constitución*, Madrid, Trota, 1998, epígrafe “El derecho de enmienda de los Presupuestos presentados por el Gobierno”, pp. 176 y ss.

*Reserva constitucional de ley orgánica.* El apartado 5o. del artículo 135 CE erige una reserva constitucional en favor de una específica Ley Orgánica, con un alcance positivo y negativo, sus contenidos son los siguientes:

- Desarrollar los *principios* a que se refiere este artículo (la afirmación no es precisa, porque no son todos ellos “principios” sino que ya hemos visto que existen varios tipos de “normas”, como prohibiciones y reenvíos, que distan de ser principios por su elevada concreción).
- Así como la participación en los *procedimientos de los órganos de coordinación institucional* entre administraciones públicas en materia de política fiscal y financiera.
- La *distribución de los límites de déficit y deuda* entre las administraciones públicas.
- La definición de los *supuestos excepcionales* de superación de los mismos y la forma y plazos de corrección de las desviaciones que pudieran producirse.
- Los instrumentos para hacer efectiva la *responsabilidad* de cada administración por *incumplimiento* (una forma políticamente correcta de hablar de controles y sanciones); la disposición adicional única de la reforma se refiere a la misma cuestión (de forma redundante) demandando que se contemplen los mecanismos que permitan el cumplimiento del límite de deuda.
- La *metodología del cálculo*.

*Un mandato a las Comunidades Autónomas de adoptar disposiciones para hacer efectivo el principio.* Puede leerse principalmente como un mandato a las Asambleas territoriales de legislar y adoptar las disposiciones que procedan, de acuerdo con sus Estatutos de Autonomía y dentro de estos límites constitucionales. Se han dictado ya varias leyes autonómicas cumpliendo este mandato, pero sus contenidos no parecen ser muy innovadores, quizá porque la concreción de la ley estatal deja poco espacio para regulaciones autonómicas.<sup>104</sup> No obstante, el mandato constitucional se refiere a todos

<sup>104</sup> Entre estas leyes autonómicas magras en contenidos: la Ley 6/2012, de 17 de mayo de estabilidad presupuestaria de Cataluña, que no menciona una sola vez la Constitución y parece querer engarzar directamente con el Tratado de Funcionamiento y otras normas de la Unión (artículo 1o.); la Ley 5/2012, de estabilidad presupuestaria de Aragón; y la Ley 2/2011, de 16 de junio, de disciplina presupuestaria y sostenibilidad financiera de Galicia. Curiosamente, la muy escueta Ley Foral 27/2012, del 28 de diciembre, por la que se adoptan en la Comunidad Foral de Navarra medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la

los poderes públicos de las Comunidades Autónomas sin distinción y no necesariamente se agota en disposiciones legislativas o reglamentarias sino que la obligación puede cumplirse mediante una pléyade de actos con muy diversas formas que se inspiren en este principio de dirección política.

### 11. *La naturaleza de la Ley Orgánica de desarrollo y su función constitucional*

Me parece que la Ley Orgánica que nos ocupa cumple una “función constitucional”, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en situaciones semejantes para la LOFGA o la Ley de Presupuestos y los profesores hemos debatido respecto de la Ley de Bases de Régimen Local.<sup>105</sup> Precisamente en virtud de la técnica de la reserva constitucional y habilitación expresa a una ley específica que acabamos de describir. En efecto, la Ley Orgánica de Estabilidad concretiza la Constitución mediante un desarrollo legal que prolonga las funciones que cumplen las normas constitucionales y sin el cual la ley fundamental no podría aplicarse. Si resultara cierto el manejo de este criterio de ordenación de las fuentes, sus mandatos podrían desplazar a cualesquiera normas de los Estatutos de Autonomía y de las leyes estatales o autonómicas. Solo este puede ser el sentido del mandato constitucional que atribuye determinadas funciones a una Ley Orgánica en prolongación de las funciones constitucionales. No creo que se trate simplemente —como se ha sostenido—<sup>106</sup> de una elevación de rango de la disposición reguladora, porque se trata de una cuestión de función y competencia desde la óptica de los criterios que ordenan las fuentes del derecho, con la finalidad de concluir en desarrollos normativos la labor del poder de reforma constitucional. Es pues necesario dar a la Ley Orgánica de Estabilidad la virtualidad de desplazar a las normas autonómicas y a las

competitividad, curiosamente parece pensada para abonar una paga extraordinaria a los funcionarios autonómicos, en un rodeo a la dirección política del Gobierno para rebajar el déficit.

<sup>105</sup> Es clásico Rafael Gómez Ferrer, “Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 113, 1987, p. 7 y ss. Pueden verse, entre otros, sobre la idea de función constitucional: Esteve, José, “Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, p. 127; García Roca, Javier, “El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 282, 2000, pp. 23-70, y Miguel Ángel Martínez Lago, *op. cit.*, capítulo “Función y contenidos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado”.

<sup>106</sup> Como dice Ridaura, Ma. Josefa, *op. cit.*, p. 286.

propias previsiones estatutarias para que la Constitución se cumpla, desde esta perspectiva, se trata de una condición de aplicabilidad o de eficacia a la par de un desarrollo constitucional que se integra en el bloque de la constitucionalidad. Por el contrario, si no se la diera esa virtualidad, la eficacia de la Ley Orgánica y, lo que es más grave, de los propios mandatos constitucionales sería ínfima, y es un resultado inadmisibles que las normas constitucionales se conviertan en ejercicios retóricos. Conviene que el intérprete extraiga todo el sentido hermenéutico de la habilitación constitucional a las Cortes Generales.

El Tribunal Constitucional debería aclarar este extremo en la primera ocasión posible e incorporar este estándar para poder ser empleado en la exégesis de esta fuente en casos de colisiones normativas.

### 12. *El principal defecto de la reforma*

Mientras reenviar a la ley los procedimientos de coordinación o el cómputo de la deuda pública parece correcto, persiguiendo una adecuada flexibilidad, la responsabilidad por incumplimiento y las sanciones creo que es una materia constitucional de la que debió ocuparse la reforma. Entre otras razones, por un justo paralelismo con las disposiciones constitucionales de los artículos 153 y 155 CE en materia de controles y por respeto al autogobierno y autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas. Este es un procedimiento constitucional que debió preverse expresamente en el artículo 135 CE, así como establecer concordancias en alguno de esos dos artículos. El debate es pues si los controles estatales en caso de incumplimiento debieron situarse más cerca de uno o de otro de esos dos preceptos. En otras palabras, si el control de los incumplimientos a instancias del gobierno de la nación debería realizarse por una autoridad independiente y mediante un procedimiento célere y sumario con plazos preclusivos. Volveré sobre este extremo.

### 13. *Destinatarios de la prohibición*

Son todos los entes territoriales y órganos del Estado con competencia para emprender acciones que puedan causar la superación de los topes indicados mediante un acto singular o una secuencia de obligaciones globalmente consideradas.<sup>107</sup> Supone una perspectiva, una obligación de tener

<sup>107</sup> Jaroslaw Sulkowski y Anna Labno, *op. cit.*, p. 365.

en cuenta este freno constitucional, y una corresponsabilidad del Estado el ordenamiento en su conjunto para la realización uniforme de esta tarea a nivel nacional (Sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia, del 26 de noviembre de 2001). Por eso sorprende que algunas Comunidades Autónomas o Municipios se hayan opuesto con determinadas fórmulas —en un claro rodeo o fraude a la ley— al objetivo común de austeridad, fijado por el gobierno de la nación en ejercicio legítimo de sus competencias, que entrañaba la supresión de una paga extraordinaria de todos los funcionarios públicos. La consecución de la estabilidad presupuestaria —como la solidaridad— puede demandar comportamientos favorables al conjunto del Estado ordenamiento.<sup>108</sup>

#### 14. *¿Tiene suficiente densidad normativa la Reforma?*

Villalta, en un estudio comparado, demanda a las Constituciones combinar adecuadamente certeza y disciplina constitucionales con flexibilidad.<sup>109</sup> Son cuatro los artículos (216, 217, 220 y 226) destinados al tema y recogidos en el Capítulo X de la Constitución de Polonia, que fue la primera, y aún así se ha señalado la insuficiente densidad de las normas constitucionales polacas para afrontar los problemas que han surgido.<sup>110</sup> Son varios en Alemania y dotados de una gran densidad con una regulación muy detallada. Frente a solo un precepto en España. Fabrini compara las similitudes y diferencias de la reforma constitucional española con otras y subraya entre las virtudes la clara definición y precisión del límite de deuda y déficit, y el reenvío al derecho europeo y a la Ley Orgánica frente a la elasticidad del proyecto francés que hablaba solo de “asegurar el equilibrio de las cuentas” en una ley plurianual; pero recuerda que en Francia se

<sup>108</sup> Puede que esta situación lleve a desempolvar el principio constitucional de solidaridad interterritorial, hasta ahora infrautilizado, que permite establecer límites a las competencias propias, así como exigir comportamientos favorables al todo. *Cf.* García Roca, Javier, “La solidaridad autonómica, valor del ordenamiento”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 70, 1983, pp. 251-271, y “Asimetrías autonómicas y principio constitucional de solidaridad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 47 (II), 1997, pp. 45-96. Recientemente, Fernández Segado, Francisco, “La solidaridad como principio constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 139-181.

<sup>109</sup> Villalta, Gonzalo, “The Function of Constitutional Law as an Instrument of Fiscal Governance...”, *cit.*, p. 6.

<sup>110</sup> Sulkowski, Jaroslaw y Labno, Anna, *op. cit.*, p. 369.

judicializaban los controles que debía verificar el Consejo Constitucional, algo que también se ha discutido en Italia, mientras en España parece haberse evitado este procedimiento más seguro por otro supuestamente más célere y eficaz pero en el que no se detallan las sanciones.<sup>111</sup> Pero puede que no sea una buena solución para la legitimidad de las medidas necesarias que el gobierno adopte y podría producirse un grave conflicto político. Todas las cosas llevan su trámite. No podría pues descartarse una segunda reforma constitucional más detallada si los problemas se multiplican, aunque a la vista de nuestra inercia hacia la huida del derecho constitucional, es mucho más probable que sigamos haciendo improvisaciones y se usen otras sanciones o medidas que no estén expresamente previstas.

#### IV. EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN LA LEY ORGÁNICA 2/2012, DEL 27 DE ABRIL, DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

##### 1. *Insuficiencia de la legislación anterior*

Me centraré en los problemas más constitucionales. Pese a que España fue el primer país de la Unión Europea en introducir en 2001 mecanismos de estabilidad en la ley,<sup>112</sup> la exposición de motivos de la nueva Ley Orgánica argumenta la insuficiencia de la disciplina anterior, recordando que con en ese marco, en 2009, existió el mayor déficit de la democracia, un 11.2% del PIB. Y señala como triple justificación: ofrecer confianza a los inversores, el compromiso con las normas de la Unión —se aprobó un mes después del Tratado de Estabilidad de marzo 2012 y España fue la primera— y la consolidación fiscal, es decir, la eliminación del déficit público estructural y la reducción de la deuda pública mediante reformas estructurales. A diferencia de la dualidad de la situación anterior,<sup>113</sup> ahora se regula la estabilidad presupuestaria en una única ley.

<sup>111</sup> Fabrini, Federico, “Il pareggio...”, *cit.*, pp. 2 y 3. “The Fiscal Compact...”, *cit.*, pp. 9 y 10.

<sup>112</sup> Véase el Dictamen del Consejo de Estado, del 1o. de marzo de 2012, sobre el proyecto de Ley Orgánica, en la síntesis que se hace del marco normativo español en las leyes de 2001, de 2006, y la refundición de 2007.

<sup>113</sup> Real Decreto Legislativo 2/2007, del 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, y Ley Orgánica 5/2001, del 13 de diciembre, complementaria a la Ley de Estabilidad Presupuestaria.

## 2. *Delimitación del ámbito subjetivo y principio de responsabilidad de cada ente territorial*

La vigencia del principio de responsabilidad vincula a todo el sector público, con mayor precisión, se afirma (artículo 2o.) que afecta a la administración central, las Comunidades Autónomas, las corporaciones locales, la Seguridad Social, y el resto de entidades públicas empresariales dependientes de ellas. Conforme a ese principio (artículo 8o.), las administraciones públicas asumirán en la parte que le sea imputable la *responsabilidad* por incumplimiento, y el Estado no responderá de los compromisos de las Comunidades Autónomas, entes locales y empresas públicas. Es pues una corresponsabilidad directa de cada una de ellas que deben acostumbrarse a vivir sin el paraguas o el *airbag* del Estado, y debe interpretarse conforme a un principio de *lealtad institucional* en el ejercicio de las competencias, valorando el impacto de las actuaciones propias (artículo 9). Si el freno al endeudamiento se impone en el derecho constitucional europeo, su aplicación real se juega en buena medida —pero no solo— en la encrucijada de la descentralización territorial interna.

## 3. *Instrumentación del principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (artículos 11 a 17)*

- *Sostenibilidad financiera*: capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda.
- *Prohibición de déficit estructural*. Las administraciones públicas deben presentar equilibrio o superávit sin que puedan incurrir en déficit estructural, es decir, ajustado al ciclo y sin tener en cuenta medidas excepcionales y temporales. No obstante, cabe un déficit del 0.4% del PIB en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo. Y, en segundo lugar, hay situaciones excepcionales tasadas —catástrofes naturales, recesión económica y situaciones de emergencia extraordinaria— en que pueden presentar déficit estructural el Estado y las comunidades autónomas en los términos fijados en el artículo 135 CE.
- *Límite general de deuda*. No podrá superar el 60% de volumen de deuda pública respecto del PIB, expresado en términos nominales —no de mercado—, o el que se establezca por la normativa europea; de nuevo salvo las excepciones constitucionales tasadas y antes mencionadas.

- *Distribución.* El tope del 60% se distribuye del modo siguiente entre entes territoriales: 44% administración central, 13% comunidades autónomas, y 3% entes locales. Es bueno que todas estas cifras estén en la ley y no en la Constitución, pues podrían realizarse variaciones.
- *Límite de deuda para cada Comunidad Autónoma.* Un 13% del PIB regional, muy inferior al del Estado lógicamente.
- *Plan de reequilibrio.* Se establece la obligación de aprobarlo si no se cumplen estos límites.
- *Autorización del Estado.* Las comunidades autónomas y los entes locales necesitan de la autorización del Estado para poder emitir deuda y realizar operaciones de crédito, conforme al objetivo de estabilidad y de acuerdo con la LOFCA y la Ley de Haciendas Locales.

#### 4. *El anclaje constitucional del sistema dentro de las competencias estatales*

El Tribunal Constitucional había ya interpretado, con anterioridad a la reforma, que los dos límites máximos en que se articula la estabilidad presupuestaria vienen cubiertos por los títulos competenciales del Estado previstos en los apartados 13 y 14 del artículo 149.1 CE.<sup>114</sup> En efecto, la STC 134/2011, del 20 de julio, enjuició la anterior Ley de Estabilidad Presupuestaria complementaria, que reformaba la Ley de Haciendas Locales y la LOFCA y había sido impugnada por el Parlamento de Cataluña al supuestamente entrañar una vulneración de su autonomía política. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso fundado en que vulneraba la Constitución la necesaria autorización del Estado a las comunidades autónomas para concertar deuda pública en el extranjero, emitir deuda o cualquier otro crédito público, especialmente si se constata el incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria. El alto tribunal admitió que la estabilidad presupuestaria es un principio y un objetivo de la política comunitaria que recoge el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, conforme al cual los Estados deben evitar un déficit público excesivo, lo que había llevado a establecer topes máximos en los presupuestos, y reconoció que se deben proporcionar al Estado los instrumentos indispensables para la función que le atribuye el artículo 93 CE. ¿Cuál

<sup>114</sup> Muchas dudas expresaron —quizá demasiadas— Luis Aguiar y Gema Rosado, *op. cit.*, pp. 46 y ss., en el año 2001, sobre el título competencial que podía el Estado utilizar para justificar una actuación de ese tipo, de cara a imponer la estabilidad presupuestaria en el ámbito autonómico por la vía de la ley estatal. La respuesta del Tribunal Constitucional de 2011 ha despejado todas las dudas, aportando claridad.



es la habilitación competencial del Estado para establecer estas normas? Primero, se afirma que el artículo 149.1.13 CE otorga competencia al Estado sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. La estabilidad es por definición un elemento esencial de la orientación de la política económica general y el establecimiento de topes presupuestarios puede basarse en este título competencial del Estado sin violar la autonomía política de las comunidades autónomas. Se recuerda además que el artículo 156.1 CE reconoce la autonomía financiera de las comunidades autónomas “con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal”, y que la Ley de Presupuestos es un vehículo de dirección de la política económica. Segundo, se trae a colación que el artículo 149.1.14 CE establece la competencia estatal sobre Hacienda general y deuda del Estado. La sentencia se dictó dos meses antes de la reforma constitucional de manera que, por una vez, fue un pronunciamiento dictado a tiempo, participando activamente el Tribunal Constitucional en el juego de la división de poderes como debería ser siempre deseable.

Manuel Aragón ha subrayado que, tras esta jurisprudencia constitucional, el título de intervención estatal ya existía sin necesidad de tener que expresarse de manera concreta en el texto constitucional con la reforma, y pese a que ahora se convierte en obligación.<sup>115</sup> Pero no creo tenga mayor sentido pretender una economía procedimental, imposible a la vista de cuanto precede, es decir, de los numerosos problemas que la reforma afronta e incluso deja sin resolver. En todo caso, los topes de endeudamiento son después de ella explícitos y obligatorios, y resultan reforzados en su eficacia con una regulación constitucional sustantiva conexas a los títulos competenciales.

##### 5. *Los dictámenes del Consejo de Estado y otros órganos consultivos*

El gobierno pidió el dictamen del supremo órgano consultivo del Estado sobre el proyecto de Ley Orgánica, en el breve plazo de nueve días, que

<sup>115</sup> Aragón, Manuel, “La reforma del artículo 135 CE. Encuesta sobre la Reforma constitucional”, *cit.*, p. 169. Juan Martín Queralt parece ir todavía más allá y concluye que tras la STC 134/2011 ya no era “estrictamente necesario acudir al expediente de modificación constitucional que se ha planteado” (p. 5) y bastaba con aprobar una Ley de Estabilidad y modificar la LOFCA (“La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria: ¿una reforma realmente necesaria?”, *Tribuna Fiscal*, núm. 252, 2011, pp. 1-6); se apunta pues al sector de los defensores de que la reforma debió ser materia legal, pero sin excesivas razones.

fue emanado el 1o. de marzo de 2012. El Consejo reprochó la urgencia de la consulta gubernamental:

Un examen del conjunto del expediente y del texto proyectado evidencia una *tramitación apresurada y con cierto grado de improvisación*, cuando lo procedente —en atención a la relevancia de las medidas previstas y a su proyección sobre un ámbito tan sensible como el que afecta a la autonomía de las Comunidades Autónomas, a la repercusión e las funciones que el artículo 97 CE atribuye al Gobierno y a la sostenibilidad económica y social del Estado en cuanto instrumento indispensable para garantizar la financiación adecuada del sector público y de los servicios públicos y ofrecer seguridad a los ciudadanos— hubiera sido una tramitación más sosegada que hubiere permitido un mejor y más detenido estudio del anteproyecto...

A la par que se llamaba la atención sobre “el carácter excesivamente breve y meramente descriptivo de la Memoria” en una materia tan compleja y técnica. De manera que tampoco parece que el procedimiento legislativo se hiciera apurando las garantías adecuadas que, no en balde, ya se habían omitido en la reforma constitucional. Las malas prácticas se hacen pronto habituales como algunos vicios en las personas. No obstante, el Consejo de Estado reconoció, con diversos matices y observaciones técnicas o gramaticales, la adecuación del proyecto al marco constitucional desde una perspectiva sustantiva (con leves reproches sobre deficiencias técnicas), desde la naturaleza de la reserva de ley orgánica (bien es verdad que sin esforzarse en consideraciones sobre este específico tipo de ley orgánica y de reserva constitucional), y desde las reglas de distribución de competencias. La verdad es que sin hacer grandes aportaciones.

*El Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña.* Asimismo el Dictamen 8/2012 del 8 de julio, del Consejo de Garantías Estatutarias, solicitado sobre la Ley Orgánica por el Parlamento autónomo, solo estimó inconstitucional un precepto, el artículo 32 sobre las previsiones legales de destino del superávit presupuestario autonómico. Luego se avala la constitucionalidad del resto de la Ley Orgánica. Una conclusión nada desdeñable a la hora de reclamar su cumplimiento a la propia Comunidad Autónoma en la que este órgano del circuito de garantías se inserta. Bien es cierto que el dictamen alberga un voto particular de tres consejeros disidentes quienes entienden vulnerada la autonomía financiera de la Generalidad en especial por la posibilidad de adoptarse como medida la recuperación por parte del Estado de las potestades normativas sobre los tributos cedidos.

## 6. *Poderes de coordinación, control y coacción del gobierno*

Ésta es la parte más relevante. La inspiración de la Ley Orgánica en el Tratado de Estabilidad es evidente, cumpliendo el mandato de su artículo 3.2 de establecer medidas correctoras, el mecanismo español parece ser un mero trasunto o trasplante. Veamos sus fases legales.

### A. *Medidas de coordinación: fijación de objetivos*

La potestad de “coordinación” es más intensa y vertical que la de “colaboración” y “cooperación” recíprocas, denota una jerarquía. Conforme a ese mecanismo de relación, los objetivos generales de estabilidad se establecen mediante la propuesta del gobierno aprobada en Consejo de Ministros. Se somete luego al informe previo del Consejo de Política Fiscal y Financiera con las comunidades autónomas, que preside el ministro de Hacienda e integran los consejeros con responsabilidades de Hacienda en cada Comunidad y es el órgano de coordinación en esta materia según el artículo 3o. de la LOFCA; así como también de la Comisión Nacional de Administración Local. Finalmente, deben aprobar o rechazar la propuesta el Congreso y el Senado. Los *objetivos individuales* para las comunidades autónomas los establece el gobierno previo informe del mencionado Consejo.

Conforme al Reglamento del Consejo (artículo 9o.), del 20 de agosto de 1981, los discrepantes pueden hacer constar en el acta de la sesión sus votos contrarios al acuerdo adoptado, o su abstención y los motivos, o el texto íntegro de su intervención, y pueden formular un voto particular por escrito. El órgano se constituye con un quórum de la mitad de sus miembros y toma sus decisiones en primera votación por dos tercios de los mismos y, en segunda, por mayoría absoluta (artículo 10), teniendo el Ministerio de Hacienda el mismo número de votos que las comunidades autónomas. Así es para los asuntos previstos en el artículo 3o. de la LOFCA que incluye la coordinación de la política presupuestaria de las comunidades autónomas (apartado 2.a). Según distintas noticias de prensa, el Ministerio a través del Consejo ha practicado ya algunas advertencias informales a varias comunidades autónomas antes de iniciar el procedimiento, al modo de un requerimiento previo antes de un conflicto de competencia al modo de una fase de conciliación.

El Consejo es pues un órgano multilateral pero de formación paritaria. Dada esta composición, la aprobación del informe del gobierno parece inevitable, más aún en un escenario político como el actual con una fuer-

te presencia de la mayoría en todos los niveles de gobierno. Una situación de hegemonía que podría prestarse a un autoritarismo, derivado de la unilateralidad en el ejercicio de las potestades de coordinación, más que a buscar con mucho esfuerzo la creación multilateral de consensos y compromisos y la interconexión de políticas mediante la negociación. Dependerá, como toda colaboración, del estilo de cada ministro. Pero la experiencia en este tipo de relaciones entre entes territoriales revela que puede ser engañosa una perspectiva cortoplacista que lleve a pensar que basta simplemente con votar el informe del gobierno para su implementación: pan para hoy y hambre para mañana... La colaboración entre gobiernos multiniveles, por su misma naturaleza, demanda un tipo de democracia deliberativa que trate de integrar a las minorías en la mayoría mediante su participación, para no arriesgarse a un cumplimiento torticero o desleal de los acuerdos y recomendaciones, o lisa y llanamente su obstaculización; aunque ciertamente no siempre sea posible el acuerdo, si las direcciones políticas autonómicas son muy opuestas a las nacionales. No obstante, debe darse siempre una opción al diálogo y no solo votar como a menudo parece creerse. La descentralización y el federalismo reclaman unas dosis de consenso más elevadas que el sistema parlamentario. Por último, no sé si puede equipararse este órgano al Consejo de Estabilidad creado en Alemania y que se propone por algunos extender a la Unión. Habría que estudiar mejor su composición y funcionamiento real para tener un referente comparado de nuestro Consejo en los mecanismos de coordinación.

B. “*Medidas preventivas, correctivas y coercitivas*”, esto es, controles  
(Capítulo IV)

Las previsiones normativas al respecto se desarrollan en tres secciones diferenciadas que regulan fases sucesivas del procedimiento de control sobre los entes (sigo la exposición de motivos y los artículos 18 y ss.). Se traslada el mecanismo de intervención europea a la intervención federal, en desarrollo de la Constitución, pero ambas situaciones no creo sean suficientemente homogéneas, pese a las apariencias, y aquí pueden empezar los problemas.

Primero se introduce un *mecanismo de prevención* para garantizar que no se incurra en déficit estructural al final de cada ejercicio. Consiste en un seguimiento de los datos de ejecución presupuestaria —un *informe de cumplimiento*— y la posibilidad de una *advertencia* del riesgo de incumplimiento de los objetivos de estabilidad para que se anticipen medidas de correc-

ción. Este requerimiento debe ser motivado y dictado previa audiencia a la comunidad autónoma o ente local responsable. Es una especie de alerta temprana similar a la existente en el derecho europeo. Si no se adoptan medidas en el plazo de un mes, se pasa a la fase correctiva. Segundo, *medidas automáticas de corrección*, determinado el incumplimiento y la responsabilidad, se exige la presentación de un plan económico financiero que permita corregir la desviación en el plazo de un año. Tercero, *medidas coercitivas* (artículo 25), en caso de falta de presentación o de aprobación, o de incumplimiento de ese plan se procede del modo siguiente. Se dicta un *acuerdo de no disponibilidad de créditos* y/o de “*recuperación*” por parte del Estado de los *tributos cedidos*.<sup>116</sup> Y se demanda la constitución de un *depósito* con intereses en el Banco de España equivalente al 0.2 % de su PIB. Si, pese a todo ello, continúa sin aprobarse el plan, el depósito se pierde y se transforma en multa coercitiva. Si no se adoptan esas medidas o son insuficientes, el Ministerio de Hacienda puede crear una *Comisión de expertos* que valore la situación presupuestaria, pida datos a la administración afectada y emane un informe con propuestas de medidas. Hasta aquí todo el procedimiento es bastante lógico al tiempo que eficaz con los matices que puedan hacerse.

### C. *Medidas coercitivas (artículo 26)*

Si no se cumplen las sanciones previstas para el caso del incumplimiento de las medidas correctoras —indisponibilidad de créditos, constitución de depósito y multa—, o no se adoptan las medidas pedidas por la comisión de expertos, en ambos casos, la Ley Orgánica habilita la adopción de medidas de cumplimiento forzoso al amparo del artículo 155 CE. Esta ya es una grave situación, un punto de no retorno, pues no estamos ante un control sobre los actos autonómicos sino sobre los mismos órganos autonómicos, pudiendo llevar hasta su disolución o suspensión, es decir, la desaparición del autogobierno. El procedimiento legalmente previsto difiere para las comunidades autónomas y los entes locales. Respecto de las

<sup>116</sup> Un voto particular al citado Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña sobre la Ley Orgánica discute la constitucionalidad de esta medida, a su juicio, no se puede desapoderar a la Generalidad de sus potestades normativas sobre tributos cedidos, con un régimen jurídico muy específico conforme al Estatuto y la ley de cesión, para pasar a ser ejercidas por el Estado, porque éste es un factor sustancial de la autonomía financiera conforme a la jurisprudencia constitucional, y cualquier cambio debería —afirman— reflejarse en las previsiones contenidas en el Estatuto y la LOFCA.

primeras, debe dictarse un *requerimiento* al presidente de la Comunidad Autónoma para que se cumplan las medidas correctivas (artículo 26.1). Si es desatendido, el gobierno debe reclamar la *autorización del Senado* con mayoría absoluta (obsérvese que ahora tiene esa mayoría un único partido mayoritario y podría no ser una garantía suficiente frente a hipotéticas obsesiones gubernamentales) y, una vez concedida, pueden adoptarse las *medidas necesarias* para obligar a la Comunidad Autónoma a su ejecución forzosa, para lo cual el gobierno podrá dar *instrucciones* a todas las autoridades de la Comunidad Autónoma.

En ningún momento se detalla en el bloque de la constitucionalidad cuáles son esas medidas diversas a las instrucciones, lo que comporta un grave margen de inseguridad y un riesgo cierto de arbitrariedad o desproporción. Todas las mayorías —nos advertía Madison en *El Federalista*— tienen intereses poderosos o, lo que es más grave, pasiones momentáneas. Esta ambigüedad es lógica en el artículo 155 CE, por la elasticidad o ductilidad inherente a las normas constitucionales, pero es arriesgada e inoportuna en una ley orgánica de desarrollo que cumple una función constitucional. Me temo que un sistema tan abierto pueda generar serios conflictos en la práctica o, por el contrario, más probablemente —si prevalece la cordura y no las pasiones transitorias— simplemente devenir impracticable ante la delicada situación política que su aplicación puede generar; a menudo las sanciones legales más graves, no son aplicadas y duermen en las leyes. En todo caso, me parece que la ley debió prever qué hacer y ordenar unas medidas coercitivas proporcionadas, no dejando la cuestión en las absolutas manos de una improvisación gubernamental demasiado cercana a unos hechos y situaciones acaloradas.

Respecto de los entes locales (artículo 26.2), la medida es dramática para unos municipios a los que se les exige el equilibrio. Se dicta primero el *requerimiento* al presidente de la corporación local por parte del gobierno o de la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la tutela financiera<sup>117</sup> para que cumplan las medidas correctoras. Si es desatendido, pueden adoptarse las *medidas necesarias* para obligar al ente al cumplimiento forzoso. La persistencia en el incumplimiento se entiende gravemente dañosa

<sup>117</sup> Hay solo diez Comunidades Autónomas que han asumido esta competencia de tutela financiera de los entes locales en los Decretos de traspaso ya sea en los viejos Estatutos o en los nuevos: Andalucía, Aragón, Asturias, Castilla y León, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco (a través de los Territorios forales), La Rioja, Comunidad Valenciana. Probablemente, otra asimetría normativa y competencial sin demasiada justificación.

para los intereses generales, un supuesto de hecho que habilita la aplicación del artículo 155 CE y permite la *disolución de los órganos* (apartado 3).

Con las comunidades autónomas la Ley Orgánica no se atreve a decir lo mismo pero esa es también la secuencia lógica, la sustitución del titular o incluso finalmente la disolución del órgano. ¿Podemos imaginar esa situación en Cataluña o el País Vasco sin llegar a una situación de práctico enfrentamiento civil? ¿Es realmente inteligente la solución? Por excesiva o desproporcionada para un problema de desajustes financieros puede que permanezca en desuso.

*Disposición adicional tercera. Control de constitucionalidad.* Si el gobierno impugna una Ley de Presupuestos autonómica, invocando los principios del artículo 135 CE, y solicita la suspensión automática ex artículo 162.1 CE, se prevé la *prórroga automática* de los presupuestos del ejercicio anterior (apartado 2). ¿Por qué no se ha seguido este esquema en todo el sistema en vez de trasladar la ley fuera de su contexto en el esquema europeo?

En Alemania se ha planteado la necesidad de introducir alguna sanción constructiva como consecuencia de una sentencia de inconstitucionalidad por la vulneración de los límites constitucionales al endeudamiento, pues con la mera declaración de invalidez de la ley de presupuestos nada parece arreglarse: ni se elimina la deuda contraída ni los déficits; la reforma constitucional de 2009 contempla dos instrumentos de relevancia para resolver estos problemas: la creación de una cuenta de control y la actuación del Consejo de Estabilidad.<sup>118</sup> Quizá también podría pedirse entre nosotros al Tribunal Constitucional español que incorporase en la parte dispositiva de la sentencia de declaración de inconstitucionalidad alguna medida correctora del daño, exigiendo la satisfacción de alguno de esos instrumentos sucesivos de reparación del desequilibrio.

### *7. Incertidumbres sobre la violación de estas reglas. La relativa indeterminación del déficit estructural y la deuda pública*

A mayor abundamiento, conviene caer en la cuenta de que lo que sea la *deuda pública* —según nos advierten Sulkowski y Labno en quienes me baso— no es un juicio inequívoco entre los expertos.<sup>119</sup> Hay una variedad de formas y títulos de deuda de las finanzas públicas —contratación de préstamos, concesión de garantías o cauciones financieras...—, aumentan

<sup>118</sup> Cordero, Eva María, *op. cit.*, p. 312.

<sup>119</sup> Véase Sulkowski, Jaroslaw y Labno, Anna, *op. cit.*, pp. 353 y ss.

constantemente y lógicamente no pueden enunciarse en la Constitución y probablemente tampoco en la Ley Orgánica de Estabilidad. Tomemos como ejemplo el debate sobre las ayudas financieras de la Unión a la banca española —un poder privado y no público—, pero cuyo memorándum de condiciones despoja de numerosas competencias financieras al Estado en materia de crédito; al parecer, hasta una fecha se van a computar esas ayudas europeas como deuda pública y, desde la puesta en marcha de un supervisor financiero común ya no. No sé si esa actitud es jurídicamente muy seria en vez de meramente coyuntural, pero desde luego dificulta la identificación de la deuda y me parece ilustra las incertidumbres que pueden surgir a la hora de determinar la infracción de esta regla de oro.

Así puede incluirse la *deuda potencial*, es decir, obligaciones legales derivadas de un acto legal o un contrato pero cuyo importe es difícil de determinar.<sup>120</sup> También la *deuda oculta* y por ejemplo cubrir los futuros gastos por el concepto de pensiones o proyecciones de gastos a largo plazo. No parece una previsión contable inequívoca. Igualmente la *metodología de cálculo de los gastos* y del equilibrio varía notablemente y a menudo consiente un déficit anual que debe recuperarse en los ejercicios siguientes. ¿Cómo debe valorarse la deuda pública en términos nominales o por su valor en el mercado? Es la ley la que debe señalar el método de cálculo. O el *momento del cómputo*:<sup>121</sup> la superación del límite tiene un carácter irreversible, pero su verificación solo es posible después del cierre del ejercicio fiscal tras constatar en qué parte han sido realizados los gastos e ingresos. ¿Dónde debe definirse lo que es deuda pública a estos efectos? La lógica de la prohibición constitucional, un freno al endeudamiento o guillotina de gasto, debería llevar a abarcar todos los compromisos de gasto público, esto es, cualesquiera obligaciones contraídas, o devendrá una garantía estéril.

Del mismo modo, la ley (artículo 11.2) prohíbe incurrir en *déficit estructural* y lo define como aquél ajustado al del ciclo económico, neto de medidas excepcionales y temporales, pero cómo se cuantifica o determina, porque caben dos modelos como señala De la Hucha:<sup>122</sup> uno neoclásico a través de la función de producción que es el que sigue la Comisión Europea y el Gobierno de España, y otro que se basa en el producto tenden-

<sup>120</sup> Por ejemplo, la responsabilidad derivada de una reprivatización, véase Sulkowski, Jaroslaw y Labno, Anna, *op. cit.*, p. 353.

<sup>121</sup> Sulkowski, Jaroslaw y Labno, Anna, *op. cit.*, p. 365.

<sup>122</sup> Hucha, Fernando de la, “La reforma constitucional de la deuda pública”, *cit.*, p. 14; también “La reforma del artículo 135...”, *cit.*, p. 30.



cial que usan el Banco de España y el FMI y que de aplicarse conduce a resultados distintos.

¿Podrían estas incertidumbres violar el principio de taxatividad de todas las prohibiciones incluidas las constitucionales?<sup>123</sup> Acaso sea mucho conceder una respuesta afirmativa, pero resulta manifiesto que es incierto y problemático el alcance de la prohibición constitucional dada la indeterminación del parámetro de control.

Desde otra perspectiva, conviene recordar, para ser justos, las funciones de unas comunidades autónomas que ejercen competencias sobre los dos servicios que generan más gasto público, educación y sanidad —además de la Seguridad Social pero cuya caja única y régimen económico está en manos del Estado—. Es lógico pues que sean administraciones de gasto y no es muy justa la actual crítica —superficial— que se está extendiendo al Estado autonómico. Pero es verdad que algunas de ellas pueden no haber sido suficientemente austeras en sus políticas; así las muy generosas —casi exuberantes— declaraciones de derechos sociales y principios rectores de los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía son una muestra de lo que digo: la gratuidad de los libros de texto, el derecho a la libre elección de médico y a una segunda opinión, la asistencia geriátrica especializada, etcétera. ¿Quién podrá pagar en el futuro todas esas bienintencionadas y justas promesas estatutarias ahora que ya no somos ricos? La combinación de la razón y la igualdad real pueden producir monstruos. Ojalá se pueda hacer de ese modo en algún momento, pero a la hora de aprobar normas estatutarias del más alto rango es preferible ser realistas y dejar la adopción de esas cuestiones en manos de leyes y reglamentos. Los parlamentos debieron ser más prudentes en los reconocimientos estatutarios, porque la frustración de las expectativas desvaloriza la validez normativa de los derechos.

8. *La naturaleza jurídica de un hipotético control de estabilidad presupuestaria por autoridades independientes: ¿jurisdicción contable o constitucional?*

La situación de incertidumbre se agrava dado que la revisión del equilibrio presupuestario se ha entendido por la Ley Orgánica —cerrando los espacios abiertos de la Constitución— como un control político o intervención federal y no como un control jurídico ante una autoridad independiente. Me pregunto si no estamos ante un juicio demasiado técnico, con muchos

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 363.

problemas contables y presupuestarios, y por ello no idóneo para permitir un control político y automático del gobierno de la nación sobre los órganos de otros entes territoriales dotados de autonomía política y autogobierno. Quizá debería abrirse —como alternativa— un procedimiento urgente ante el Tribunal Constitucional<sup>124</sup> con el auxilio del Tribunal de Cuentas.<sup>125</sup>

Bastaría para ello con prever plazos legales urgentes y procedimientos sumarios y preferentes. El Tribunal Constitucional ha demostrado que en algunas ocasiones —pocas hasta ahora— puede actuar con celeridad, así lo hace en materia de recursos de proclamación de candidaturas, pero es un juicio mucho más sencillo. Este control presupuestario no podría hacerse en tres días como el primero. Quizá podría configurarse un procedimiento en el cual el Tribunal Constitucional enjuiciara el informe que acompañe a la demanda del gobierno tras oír de manera contradictoria al gobierno demandado, y revisando el informe técnico o pericial que envíe el Tribunal de Cuentas del Estado además del emitido por el análogo órgano consultivo autonómico allí donde exista. Un cotejo de estos informes y alegaciones podría hacerse por ese órgano jurisdiccional —bien provisto de expertos letrados— en un tiempo no excesivo. Un procedimiento con solución por sentencia en unos 30 días. Me parecería una opción legal mucho más sensata y tal plazo no supondría dilación indebida alguna.<sup>126</sup> Otra alternativa sería conceder la competencia jurisdiccional directamente al Tribunal de Cuentas.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> Fabrini, Federico, “The Fiscal Compact, the Golden Rule and the Paradox of European Federalism”, *cit.*, epígrafe “The Role of State Courts”, razona que esta *golden rule* incrementará las competencias de los tribunales constitucionales europeos en el control del presupuesto —por su adecuación a las restricciones constitucionales—, que habían sido hasta ahora escasamente ejercidas, en combinación con otros procedimientos.

<sup>125</sup> Se discute en Italia, a la espera de la ley, si la *Corte dei Conti* podría ejercer acciones ante la Corte Costituzionale de forma preventiva o como consulta si advierte o presume el incumplimiento (véase Fabrini, Federico, “The Fiscal Compact...”, *cit.*). También en Alemania se ha reprochado a la reforma de 2009 que no plantee soluciones para un control de constitucionalidad de las leyes de presupuestos a instancias, por ejemplo, del Tribunal de Cuentas; véase Cordero, Eva María, *op. cit.*, p. 312.

<sup>126</sup> Según Kölling, Mario, *op. cit.*, p. 95, el Tribunal Constitucional de Renania del Norte Westfalia, por sentencia de 15 de marzo de 2011, ya ha declarado inconstitucional la Ley de Presupuestos del Land por violar el freno al endeudamiento, aplicando una interpretación estricta del artículo 82.a de la Constitución del Land.

<sup>127</sup> Ruiz Ruiz, Juan José y Sánchez Navarro, Ángel, *op. cit.*, pp. 228 y ss., nos informan del papel que concedía al Tribunal de Cuentas el proyecto de reforma

Esta alternativa nos obliga a preguntarnos si el control externo de estabilidad presupuestaria puede erigirse en un nuevo vicio de inconstitucionalidad, por violación de ese principio constitucional, pese a que no se trate de un control normativo y a su acusada dependencia de los números, dos obstáculos que no me parecen insalvables, y debe atribuirse a la jurisdicción constitucional. O, por el contrario, es un mero vicio de legalidad propio de la jurisdicción contable. A mi entender ambas cosas son procesalmente posibles y podría optarse por cualquiera de ellas, al cabo la determinación del alcance de la jurisdicción constitucional es un problema de competencias expresadas en normas positivas y difiere en cada país. A primera vista encajaría mejor en la jurisdicción contable por su acusada especialización. Pero dada la relevancia del asunto, la dimensión constitucional y europea del principio de sostenibilidad financiera y, sobre todo, el delicado entramado de relaciones entre entes dotados de autonomía política, podría pensarse en conceder competencia al Tribunal Constitucional. De no ser así, el contenido constitucional del principio de estabilidad sería nulo. Quizá podría pensarse en un control represivo o sucesivo por parte del Tribunal Constitucional y otro preventivo, al modo de una alerta temprana, por el Tribunal de Cuentas cuyo informe llevará al ejercicio de una específica acción de inconstitucionalidad en estos asuntos, para lo cual habría que concederle legitimación.

En uno u otro caso, recordemos que el propio artículo 3.2 del Tratado de Estabilidad demanda la independencia de las instituciones responsables a escala nacional de supervisar la observancia de esos dobles toques. Y el artículo 8.1, al hablar de tales medidas correctoras, establece que la Comisión informará sobre el cumplimiento de las mismas por los Estados y dará audiencia al Estado miembro pudiendo someter el incumplimiento al *Tribunal de Justicia*. Se copia pues en la ley española parte de las medidas correctoras, pero no esta escrupulosa judicialización.

Observemos la realidad. Tenemos la experiencia de un Consejo de Política Fiscal y Financiera donde se impuso un límite al déficit de las comunidades autónomas de 0.7 % para 2013, pese a que la Unión ha flexibilizado un año el tiempo para equilibrar las cuentas del Estado, admitiendo este año pasar del 5.3 al 6%. ¿Cuál es la verdadera dimensión de ese incumplimiento? Según la prensa, algunas Comunidades Autónomas, incluso del mismo partido del gobierno, reprocharon el autoritarismo del ministro señor Montoro que amenazó con poner en marcha el

constitucional francés de 2011 y, sobre todo, el Informe Camdessus que le daba competencias de control en los primeros meses de ejecución del presupuesto al modo de una alerta temprana.

mecanismo de intervención, que sin embargo está previsto en la Ley, pero es algo que aún no se ha hecho.

### 9. Sanciones en casos de incumplimiento: la gravedad de la coacción estatal o intervención federal

Este es el *punctum dolens* de la reforma. Desde los primeros años de desarrollo constitucional,<sup>128</sup> la doctrina ha mostrado la naturaleza excepcional en el derecho comparado de los países de nuestro entorno de la coacción estatal, ex artículo 155 CE, por los graves riesgos que entrañan los controles políticos sobre los órganos en un sistema de descentralización. La doctrina ha diferenciado claramente entre unos *controles* ordinarios y jurisdiccionales sobre los *actos* (artículo 153 CE) de las Comunidades Autónomas, y otros controles excepcionales y políticos *sobre los órganos* (artículo 155 CE). La conclusión general ha sido que no deben caber normalmente controles políticos sobre las Comunidades Autónomas,<sup>129</sup> que lleven a sustituir la decisión de un órgano autónomo y políticamente responsable ante su electorado por la de otro ente territorial central no menos político y, menos aún, sustituir al titular de uno de sus órganos en el ejercicio de su actividad, o revocar su poder mediante la suspensión o incluso la disolución del órgano. Esto solo puede hacerse en muy contadas y excepcionales situaciones.

<sup>128</sup> Es clásica la monografía de Leopoldo Tolivar Alas, *El control del Estado sobre las Comunidades Autónomas*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981, donde se defienden estas tesis bastante pacíficas. Muy minoritaria durante décadas fue la posición del maestro Eduardo García de Enterría, *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Madrid, Civitas, 1981, quien intentaba “desdramatizar” el control del artículo 155 CE calificándolo de instrumento normal y ordinario de supervisión estatal; de hecho, el artículo 7.2 del fallido Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico pretendía que tras requerir el gobierno a las CCAA sobre la observancia de la legislación estatal, si fuera desatendido, se pudiera proceder en los términos del artículo 155 CE. Una posición a la que la Ley Orgánica de Estabilidad parece querer volver. Pueden leerse Gomez Orfanell, Germán, “Artículo 155”, en Casas, Ma. Emilia y Rodríguez Piñero, Miguel (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Wolters Kluivers, 2008, pp. 2577-2584; del mismo autor “La coacción federal en el derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 26, 2005, pp. 41-60; García Torres, Jesús, “El artículo 155 CE y el principio constitucional de autonomía”, en varios autores, *Organización Territorial del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1984, vio. II, pp. 1189-1303, y Virgala, Eduardo, “La coacción estatal del artículo 155 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005, pp. 55-109, con abundante información comparada.

<sup>129</sup> Incluso tampoco sobre los entes locales, pero es más complejo y hay excepciones ante graves infracciones en la Ley de Bases de Régimen Local que conllevan la disolución de los órganos de los entes locales (artículo 61).

La Ley Orgánica de Estabilidad viene ahora a tratar de invertir esta tendencia que parecía consolidada.

En efecto, los especialistas han destacado la gravedad del *supuesto de hecho* que debe permitir la aplicación de mecanismos como el del artículo 155 CE desde la experiencia del golpe de Estado de Prusia en 1932: no se pueden matar moscas a cañonazos... No hay antecedentes expresos en nuestro derecho constitucional de coerción federal o estatal, tampoco en la Constitución de la II República, si bien los Estatutos de Autonomía de Cataluña de 1932 (artículo 9o.) y del País Vasco de 1936 (artículo 5o.) regulaban una figura semejante, la intervención estatal, asumiendo la dirección de los servicios, para el mantenimiento del orden interior, pero que no entrañaba la suspensión de derechos y garantías constitucionales.<sup>130</sup> Recordemos los sucesos del 6 de octubre de 1934<sup>131</sup> como precedente. Companys proclamó el Estado catalán dentro de la República Federal tras la entrada en el gobierno de Lerroux por primera vez de la CEDA —de más que dudosa lealtad republicana—, después de las elecciones de 1933. Inmediatamente los socialistas declararon una huelga general. En las calles de Barcelona no pudo mantenerse el orden. El gobierno de Lerroux declaró el estado de emergencia en toda España y el presidente Companys, que había venido hablando con Alcalá Zamora, proclamó el Estado catalán dentro de la República federal, y dijo romper su relación con las instituciones republicanas falseadas y asumir todo el poder en Cataluña. Lerroux habló con el general Batet y se declaró el estado de guerra. El ejército disparó contra el edificio de la Generalidad, los miembros de Gobierno catalán acabaron detenidos en un buque en el puerto de Barcelona y hubo numerosos muertos. Tras la suspensión fáctica, la autonomía catalana fue suspendida jurídicamente de forma indefinida con una Ley del 2 de enero de 1935, asumiendo las funciones de la Generalidad un gobernador general. Una ley que luego fue anulada por la sentencia del 5 de marzo de 1936 del Tribunal de Garantías Constitucionales quien estableció que la suspensión del autogobierno no estaba prevista en la Constitución de 1931 y equivalía a la derogación del Estatuto sin asumir el procedimiento de reforma; una decisión de la que discrepó un voto particular suscrito por seis magistrados quienes argumentaban, entre otras razones, que la Generalidad había realizado actos revolucionarios gravísimos.<sup>132</sup> ¿Es esto lo que pretendemos de nuevo?

<sup>130</sup> Gomez Orfanell, Germán, “Artículo 155”, *op. cit.*, p. 2577.

<sup>131</sup> Virgala, Eduardo, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

<sup>132</sup> Gomez Orfanell, Germán, “Artículo 155”, p. 2577; Virgala, Eduardo, *op. cit.*, p. 74.

A mi entender, la intervención o coacción estatal —como toda medida de fuerza— no parece pueda ser un instrumento idóneo y normal para el control de irregularidades contables o presupuestarias. Unos supuestos de hecho que demandan un mecanismo de control con una naturaleza más técnica y continuada. La urgencia podría haber hecho ver pesadillas al legislador.

El artículo 155 CE ha estado hasta ahora en la Constitución como una amenazante espada de Damocles para no tener que ser usada, una *ultima ratio*. Quizá baste con esa eficacia intimidatoria. Recordaré que se discutió su posible aplicación en 2004 durante la elaboración del llamado Plan Ibarretxe y, previamente, en los primeros años de desarrollo constitucional tras la adhesión a las entonces Comunidades Europeas para casos de incumplimiento del deber de trasposición del derecho europeo por parte de las comunidades autónomas. Unos incumplimientos que se temía entonces fueran frecuentes por la ausencia de experiencia en la descentralización y la desconfianza en los nuevos entes territoriales. Pero tanto la previsión como la alarma resultaron manifiestamente excesivas o desproporcionadas. Hubiera sido absurdo disolver el gobierno de Castilla la Mancha, porque no arrancase cepas de vino de mesa de Valdepeñas incumpliendo directivas europeas. Con el tiempo, no han existido graves y reiterados problemas de incumplimientos del derecho de la unión por parte de las comunidades autónomas. Puede que ahora ocurra lo mismo: tensiones, conflictos, pequeñas desviaciones presupuestarias, pero quizá no sea de esperar un incumplimiento absoluto ni grave. En este sentido, creo que es inteligente disociar la gravedad de las sanciones por incumplimiento y una intensa vinculación con el cumplimiento de esos objetivos nacionales y europeos, relativizando y normalizando los controles.

Tratando de hacer de los defectos virtud y a la búsqueda de una adecuada ingeniería constitucional que corrija los excesos de esta Ley Orgánica desde la Constitución, recordemos las sucintas previsiones del artículo 155 CE. Los supuestos de hecho que habilitan la coerción estatal son los siguientes: si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España. El procedimiento se tramita con un requerimiento del gobierno al presidente de la Comunidad Autónoma, y, en el caso de no ser atendido y tras conseguir la autorización del Senado por mayoría absoluta, el gobierno puede adoptar las *medidas necesarias* para obligar al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones constitucionales o legales (apartado 1). No se especifican esas medidas, salvo en un caso, el gobierno podrá dictar *instrucciones* a todas

las autoridades autonómicas (apartado 2). Pero la previsión no parece suficiente.

Sorprendentemente, la Ley Orgánica de Estabilidad no añade nada nuevo a este procedimiento dispuesto en el artículo 155 CE. Pero me parece que debería interpretarse de una manera restrictiva también en los nuevos supuestos legales —por la misma naturaleza de los hechos—, esto es, moderada o equilibrada por la lógica del principio de proporcionalidad. Conseguida la autorización del Senado, el gobierno debería limitarse primero a impartir *instrucciones* detalladas y de obligado cumplimiento a los titulares de los órganos correspondientes de las comunidades autónomas. Solo de incumplirse, podría plantearse —en una escala gradual— la *subrogación en el acto*, o la *sustitución temporal* de los titulares de los órganos autonómicos por delegados o altos comisionados nombrados por el gobierno central,<sup>133</sup> permitiendo una *ejecución subsidiaria y forzosa* a cargo del Estado, o quizá mejor la *avocación de la competencia* transitoriamente al Estado para su ejercicio directo. Si bien estas medidas son harto complejas.<sup>134</sup> Únicamente si todo esto resultara imposible cabría la *suspensión de*

<sup>133</sup> Vírjala, Eduardo, *op. cit.*, p. 101, da noticia de argumentaciones de autores que no ven posible la sustitución ni la disolución de los entes autonómicos, pues no sería necesaria para compeler a la Comunidad Autónoma al cumplimiento de sus obligaciones y no se trata de una sanción; unas afirmaciones que no comparte ante la gravedad del intento de romper el marco constitucional. Éste es también mi entendimiento, no hay más límites constitucionales —y no es poco— a las medidas que puedan adoptarse a la coerción estatal o ejecución forzosa que la lógica derivada del principio de proporcionalidad respecto de la gravedad de las infracciones constitucionales. Vírjala añade que la suspensión indefinida del régimen autonómico.

<sup>134</sup> La adopción de estas medidas es muy problemática y resbaladiza ante la indeterminación de la Constitución. El modelo de coacción del federalismo alemán no ha tenido acogida en muchos otros ordenamientos salvo España y algunos federalismos iberoamericanos donde su desdramatización contribuyó a desprestigiar el sistema. Pero existen otras técnicas. Germán Gomez Orfanell, “Artículo 155”, *cit.*, p. 2579, recuerda que la Constitución italiana (artículo 120 en la reforma del año 2000) establece que el gobierno puede *sustituir* a los órganos de las regiones en casos de incumplimiento de tratados internacionales y normativa comunitaria; también el artículo 169 de la Constitución de Bélgica; lo que no es exactamente lo mismo. La misma sustitución federal se prevé en la Constitución austríaca (artículos 16.5 y 23.d. 5) que traslada o *avoca* a la federación la *competencia* necesaria para hacerlo. Pero nada de esto se dice expresamente en nuestra Constitución, pero el tenor taxativo —casi intimidatorio— del artículo 155 y la entidad de las amenazas que fungen como presupuestos de hecho no parecen descartarlo. Así Pedro Cruz ha sostenido que la ejecución está en la lógica misma de un Estado compuesto y no hace falta su previsión expresa en la Constitución, pues se deriva de la misma soberanía y de la competencia sobre seguridad interior (“Coerción estatal”, en González Encinar, Juan, *Diccionario*

*los órganos de autogobierno* —la disolución del Parlamento o la destitución del presidente de la Comunidad— hasta que el incumplimiento cesara.

Indudablemente, el Tribunal Constitucional debería poder revisar la proporcionalidad de las medidas adoptadas como respuesta en el uso de la coacción estatal para garantiza la autonomía política y financiera de las comunidades autónomas sin poder desentenderse alegando una excepción de *political questions*. No en balde el artículo 155.1 alude a las medidas “necesarias” y la necesidad es uno de los subprincipios que integran ese juicio y obliga a asegurarse de que no exista otra medida equivalente en su eficacia y menos dañina en el sacrificio de los intereses en juego, el autogobierno entre ellos.<sup>135</sup>

No obstante estas matizadas reflexiones, ya he adelantado mi escepticismo en general sobre la viabilidad y eficacia del recurso legal a este mecanismo extremado o exagerado que creo está pensado para otras clases de irregularidades; sin embargo, me temo que algunos economistas no parecen compartir este entendimiento.

El mencionado Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña estimó constitucionales las medidas preventivas, correctivas e incluso las coercitivas en fase de ejecución previstas en la Ley Orgánica de Estabilidad con la salvedad de que: “La utilización de este instrumento en ningún caso permite la *sustitución* de la Comunidad Autónoma por el Estado en la titularidad de sus competencias”. Para alcanzar esta conclusión se leyó literalmente el artículo 155 CE, afirmando que solo podrían adoptarse las medidas necesarias para el cumplimiento forzoso y dictarse instrucciones a las autoridades autonómicas. Creo —como he explicado— que no es así, si el incumplimiento y la anticonstitucionalidad fueran muy graves, pero, en todo caso, este Dictamen no ofrece mayores razones para alcanzar esta conclusión. Sin embargo, ya he razonado que sí podrían modularse los hipotéticos excesos gubernamentales conectando la entidad del incumplimiento, el vicio de inconstitucionalidad

*del sistema jurídico español*, Madrid, Akal, p. 57). Esta afirmaciones —no sé si excesivas pero probablemente ciertas— en todo caso no pueden descartar un control de proporcionalidad sobre la necesidad de la medida.

<sup>135</sup> En el mismo sentido, Gomez Orfanell, Germán, “Artículo 155”, *cit.*, p. 2581 y 2582. También Virgala, Eduardo, *op. cit.*, p. 99; anteriormente (p. 88), incluso entiende que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de una ley (ex artículo 155 CE) no puede ser decidido directamente por el gobierno sino que reclama una decisión judicial previa, un sentencia firme. No sé si esto es así, pero el argumento refuerza mi tesis sobre la necesidad de ordenar un control jurisdiccional de los incumplimientos del principio de estabilidad financiera y no una coerción estatal.



dad, y de la desobediencia, con el grado de las sanciones que se impongan mediante la lógica de la proporcionalidad.

Por último, cómo se determinan las personas y órganos responsables pues nada hay escrito al respecto. ¿Debería disolverse el gobierno autonómico y nombrarse un ejecutivo provisional o bastaría con cesar al Consejero de Economía? ¿Se manda un economista del Estado o un interventor federal como virrey a la Comunidad Autónoma incumplidora?

Insistiré, en suma, en mis serias dudas acerca de la viabilidad del mecanismo de control sobre los órganos de no producirse un enfrentamiento dramático, lo que no parece el escenario más probable ni deseable. Me temo que la precipitación de la reforma constitucional y de la legal —cada una en una legislatura gobernada por un distinto partido mayoritario— y la escasa discusión parlamentaria al respecto no ha redundado en la calidad de las leyes. Las prisas son muy malas y especialmente en derecho constitucional.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Temo no haber hecho sino acrecentar las incógnitas, pero esparcidas en el texto hay algunas importantes conclusiones, quizá la principal sea las dudas sobre la viabilidad y eficacia del sistema de controles de las comunidades autónomas en casos de incumplimiento; no comparto la confianza que el legislador ha puesto en la coacción estatal como mecanismo ordinario de control de unas complejas irregularidades presupuestarias y creo que debería ordenarse un control jurisdiccional. Para redimirme aún más de mi diletantismo, concluiré con algunas nuevas afirmaciones. La complejidad y lentitud de los mecanismos de reacción ante los desequilibrios financieros en un Estado compuesto, hace que no sea extraño preguntarse también sobre su viabilidad y ello explica que algunos postulen su supresión y la vuelta al viejo centralismo con distintas fórmulas. Pero Estados Unidos y Alemania que están entre los principales impulsores de las nuevas ideas son dos tipos de Estados federales, lo que lleva a pensar que el respeto a un sistema federal —o cuasifederal como el nuestro— y la necesaria sostenibilidad presupuestaria no son cosas incompatibles por más que su acomodo demande paciencia e imaginación y un talante o ideología federales, es decir, fundados en el respeto recíproco y la voluntad de conciliación y pacto. Por eso es urgente clarificar cuanto antes los títulos competenciales en nuestra Constitución y llevar también a ella las

bases del sistema de financiación, no puede bastar con la estabilidad presupuestaria, del mismo modo que hemos visto se ha hecho en otros países de nuestro entorno. Las tres cosas están unidas y forman un trípode en el que se asienta la Constitución económica. Una reforma de la Constitución territorial es inaplazable para poder actuar con una mayor eficacia. No es sensato seguir disociando reforma constitucional y salida de la crisis económica mucho tiempo.

La crisis financiera no justifica la excepcionalidad, la suspensión de algunas de las normas constitucionales, o incluso el quebrantamiento —en el sentido defendido por Schmitt—, una violación a título excepcional por uno o varios casos concretos de una prescripción constitucional. No creo que podamos hacer excepciones temporales al resto de las reglas constitucionales. Estos mecanismos se teorizaron en otra época de crisis —el periodo de Weimar—, pero ya no están en el derecho constitucional moderno y en modo alguno nos asegurarían mejores resultados. Debemos eso sí aprovechar la ocasión para mejorar la organización constitucional. Pero la apresurada reforma constitucional de 2011 y su defectuoso desarrollo en la Ley Orgánica de Estabilidad no entrañan un quebrantamiento constitucional ni una suspensión, si se interpretan adecuada y proporcionalmente, como aquí se ha intentado, por más que quepa dudar de su oportunidad y corrección técnica.

Por último, ignoro el valor de todas estas normas jurídicas de distinto rango para incidir en la salida de una crisis económica y financiera global y, al cabo, parece que del final de un modelo de crecimiento europeo basado en el endeudamiento. Pero qué duda cabe de que en la zona euro nos han pillado definitivamente mal organizados e igualmente desprovistos de una buena Constitución económica. La tortuga europea deberá adaptar sus normas a la liebre financiera, modificando una vez más los tratados, para dar a las autoridades comunes mayores facultades para la dirección de la política económica. Más vale tarde que nunca. Por lo demás, deberíamos estar en el futuro más atentos a las transformaciones constitucionales que imponen las disposiciones europeas y debatirlas previamente en sede parlamentaria y ante la opinión pública.

## POLÍTICA, DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONAL

Raúl GONZÁLEZ SCHMAL\*

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Concepto de política*. III. *Ingreso al mundo político*. IV. *Los rasgos de lo político*. V. *El fin social de la política*. VI. *Solidaridad de política y derecho*. VII. *Especificidad de la relación política*. VIII. *El hombre como sujeto de la política*. IX. *La vocación política*. X. *La interacción entre política, derecho y poder*. XI. *Juridicidad de la política*. XII. *Estado constitucional de derecho*.

### I. PREÁMBULO

En el constitucionalismo moderno siempre ha existido una relación dialéctica entre derecho y política. Sin embargo esta relación no siempre es clara, sino con frecuencia difusa. A esas dos magnitudes (de la vida social) se les considera a veces como contrapuestas, en algunas como coincidentes, en otras más como implicadas una en la otra, en unas más como subordinada una a la otra, finalmente hay quienes las consideran excluyentes entre sí. Mi objetivo —por lo menos a nivel de intencionalidad— es ofrecer algunos modestos y elementales apuntamientos, que eventualmente pudieran suscitar el interés para continuar y profundizar en el estudio de una temática tan interesante y compleja, que no obstante su naturaleza teórica, tiene implicaciones de enorme trascendencia en la vida pública de la nación.

### II. CONCEPTO DE POLÍTICA

Hay que empezar por señalar que —como lo explica González Uribe— la palabra “política”, en su acepción vulgar —que coincide, por lo demás, con la científica, y con el origen etimológico de la misma— significa todo

\* Profesor emérito de la Universidad Iberoamericana

lo que se refiere al Estado.<sup>1</sup> Gablentz dice que dicha expresión “se apoya ciertamente en el lenguaje griego, según el cual *politiká* significa el ocuparse de la *polis* y de la *politeia*, es decir, de la cosa pública y de la constitución”.<sup>2</sup>

Para Bertrand de Jouvenel, la palabra *política*, “no tiene ningún valor de designación: no delimita una cosa; su valor es de cualificación; califica todo lo que se refiere de alguna manera al gobierno.

Para Max Weber el concepto “política” es de tal amplitud que implica toda índole de actividades directrices autónomas, relevantemente la que se ocupa de la dirección o la influencia sobre la trayectoria de una entidad política, esto es, en nuestros tiempos: el Estado.<sup>3</sup>

Es evidente, entonces, que existen múltiples acepciones de la palabra “política”. Al respecto Luis Sánchez Agesta,<sup>4</sup> en un intento por determinar las más importantes y delinear un concepto de riguroso valor científico para este término, señala tres sentidos fundamentales hacia los que se orienta dicho concepto. Para el primero, la política es “actividad que crea, desenvuelve y ejerce poder”. Pero este poder no representa una mera fuerza material, sino que implica un fenómeno de dominación que tiene un carácter social y está encaminado a la cohesión de un grupo, mediante el derecho. Para el segundo sentido —que tiene una rancia prosapia— la política se concibe como lucha, oposición o disyunción. Es la opinión que puede desprenderse de las obras de Maquiavelo y modernamente de diversos autores para quienes el Estado se ha originado en la lucha de los hombres por la supervivencia. Para la tercera, por último, la política se entiende como actividad orientada por un fin. Este es el concepto clásico que viene desde Aristóteles y, como lo afirma González Uribe, ha florecido modernamente en las obras de los autores alemanes de Teoría del Estado, como Jellinek, y de destacados filósofos del derecho como Radbruch.<sup>5</sup>

Estos tres sentidos que le asigna Sánchez Agesta al concepto de política, no se oponen entre sí, sino que están íntimamente vinculados. Entre los tres existe una unidad dialéctica. Pero todavía hay algo detrás de ellos que viene a articularlos y unificarlos, para configurar el verdadero concepto de la política. Ese algo es la idea del orden, referido a la sociedad, es decir, el orden de la convivencia.

<sup>1</sup> González Uribe, Héctor, *Teoría política*, México, Porrúa, 1977, p. 23.

<sup>2</sup> Heinrich von der Gablentz, Otto, *Introducción a la ciencia política*, Barcelona, Herder, 1974, p. 19.

<sup>3</sup> Weber, Max, *El político y el científico*, México, Ediciones Coyoacán, 2008, p.7.

<sup>4</sup> Citado por González Uribe, *op. cit.*, pp. 23-25.

<sup>5</sup> González Uribe, *op. cit.*, p. 24.

Como se infiere de lo anterior, para comprender con precisión cada vez mayor el concepto de política, para acabar de conocer todas sus características, hay que enumerar los distintos elementos que lo integran.

Como enseña González Uribe, la política se nos presenta ante todo como una actividad. “La actividad política, en cuanto a su forma, es una actividad humana, social, creadora y libre, o sea, que no está sujeta a normas predeterminadas”.<sup>6</sup> En cuanto a su contenido, puede decirse que los actos creadores en que consiste la política, están encaminados a “constituir, desenvolver, modificar, defender o destruir un orden”; ese orden es el fundamental de la sociedad, o sea, el orden jurídico. Y en lo que toca a su objeto, la actividad política se caracteriza por buscar un bien supremo en el orden temporal, que es, tratándose de la sociedad, el bien común; “mas, como lo busca mediante el ejercicio de un poder es también supremo en su orden, y cuya expresión más alta es la organización, puede resumirse el objeto de la actividad política diciéndose que consiste en la organización del bien común”.<sup>7</sup>

Por su parte, Maurice Duverger, considera que en el lenguaje corriente (incluso en el lenguaje de los especialistas), la voz “política” tiene dos sentidos. En un sentido amplio, se define por el poder, es decir, “por un poder material legitimado por un sistema de creencias: todo poder es entonces político”.<sup>8</sup> En un sentido más restringido, señala el referido autor, “la política es lo que se relaciona con los asuntos públicos” o, el “conocimiento de todo lo que tiene relación con el arte de gobernar un Estado y dirigir sus relaciones con otros Estados”.<sup>9</sup>

Con base en las anteriores ideas se desprenden, como lo precisa González Uribe, dos aspectos esenciales de la política: “Una política teórica, que se encamina a obtener un conocimiento explicativo del Estado, en todos sus aspectos, y una política práctica, que se refiere a la actividad humana que busca y trata de organizar el bien común de la sociedad”.<sup>10</sup> “A la primera —dice el referido autor— se le denomina también Ciencia Política, en sentido amplio, porque su finalidad es, precisamente, hacer labor científica en relación con los fenómenos políticos, tratando de describirlos, interpretarlos y valorarlos en forma de obtener conceptos y juicios de validez universal”.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970, p. 32.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>11</sup> *Idem*.

La política práctica, en cambio, no trata de llegar a ninguna conclusión abstracta y general, en el orden del conocimiento.

Es una actividad humana —dice González Uribe— que busca una finalidad eminentemente práctica: el buen gobierno de los hombres. Es el arte político, que puede ser realizado por los gobernantes o por los gobernados en su respectiva esfera de acción. Esta actividad, naturalmente, es de carácter moral, puesto que tiene por objeto el bien del hombre de la sociedad, y encuentra su expresión más elevada en la prudencia política, que por encima de las indudables exigencias de la técnica y de la eficacia, busca el supremo valor de la vida política en la subordinación intrínseca de los actos políticos a la moral y a las condiciones circunstanciales de la evolución histórica.<sup>12</sup>

Hermann Heller considera que “la política práctica es, únicamente, el arte de lo posible”, y añade que: “La teoría sólo recibe su ‘contenido y su objetivo’ teniendo en cuenta lo políticamente posible”.<sup>13</sup> Nos parece entonces desprender de estas ideas la sustentable afirmación de que el político de “todo o nada”, carece de una visión correcta de la *práxis* política y podrá caer en la utopía, en el fanatismo o en el fundamentalismo político: *fiat justitia et pereat mundus*. Lo cual no significa de ninguna manera legitimar la política oportunista de los políticos meramente pragmáticos y ayunos de ideales y de valores que despojan a la política de todo su contenido ético y axiológico, sino solo de señalar los límites mismos de esta actividad, que se ejerce en el mundo de las realidades humanas, tan plagadas de conflictos, que deben manejarse con valor, inteligencia y prudencia.

Para el profesor italiano Giovanni Sartori, la política es el “hacer” del hombre que, más que ningún otro afecta e involucra a todos. Y señala que en la filosofía política está el origen de la explicación de fondo de la política: “Filosofía política fue la principal fuente de inspiración de la teoría política hasta hace alrededor de un siglo. Todavía hoy gran parte de los planteamientos de los problemas políticos de fondo están referidos, aun sin saberlo, a los planteamientos que recibieron estos problemas en el dominio especulativo”.<sup>14</sup>

Considera Sartori que la ciencia que estudia la política es la que tiene el mayor grado de dificultad de las ciencias del hombre. “Me parece ver-

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 73.

<sup>14</sup> Sartori, Giovanni, *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 15.

dad, dice el citado autor, que la ciencia de la política es la más difícil, o la más obstaculizada de las ciencias del hombre”.<sup>15</sup>

## II. INGRESO AL MUNDO POLÍTICO

Ahora bien, la experiencia política cotidiana, a partir del momento en que es objeto de reflexión, remite a su génesis. “Para todos, señala Jean-Yves Calvez, se trata de algo que ha tenido un principio; y para aprehender, en su existencia y sus relaciones, lo que es político, debe retroceder a su ingreso en política”.<sup>16</sup>

En síntesis, el referido autor explica que la historia política de la humanidad entera —o la de un pueblo particular— es de modo parecido una génesis. La existencia política no es distinguida siempre de modo tan claro como lo es hoy de la existencia doméstica: por ejemplo, en el sistema patriarcal. Sin embargo, sigue siendo a partir de la génesis de nuestra propia experiencia política que comprendemos la de la historia política de los pueblos y de la humanidad.

Siguiendo estas ideas se puede afirmar que hay un hecho fundamental: el hombre existe primeramente como miembro de una familia, pero sale de ella. Bertrand de Jouvenel, señala que “hemos salido del seno materno en un estado tal de impotencia, que pereceríamos infaliblemente si careciésemos de la envoltura protectora y nutricia que nos ofrece el grupo, el cual graba en nosotros los caracteres humanos, de los cuales sólo aportamos a la hora de nuestro nacimiento las virtualidades”.<sup>17</sup>

Es, pues, el niño quien debe ser objeto de consideración para permanecer en el hecho del ser familiar original del hombre y para comprender después esta salida: el ingreso en política. Para aprehender el contraste, es preciso evocar algunos caracteres esenciales de la existencia social que el hombre-niño lleva en una familia. Calvez, siguiendo a Jouvenel, señala como primero de estos caracteres la *dependencia*. Pero se trata de una dependencia, aclara dicho autor, que no es experimentada como tal: ayuda a ser en vez de menguar el ser. Es, pues también, *protección*, el segundo rasgo de la situación del hombre-niño en la familia.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>16</sup> Calvez, Jean-Yves, *Introducción a la vida política*, Barcelona, Estela, 1969, p.15.

<sup>17</sup> Bertrand de Jouvenel, *op. cit.*, p. 115.

<sup>18</sup> Calvez, *op. cit.*, pp. 16-20.

En efecto, esto es así, pues, como lo refiere Bertrand de Jouvenel:

El hombre aparece, como fruto de una unión. Es completamente impotente, su existencia depende de los cuidados que recibe... Abandonar un niño significa matarlo, ya que no puede vivir sin los cuidados que le prodiga la madre o la persona que ocupa su lugar. En el hombre, la capacidad de supervivencia no es inherente al recién nacido; los medios para sobrevivir deben serle proporcionado por otros... No habría hombres si no hubiera familia; sea cual sea su forma, es esencial la existencia de un grupo nutricional.<sup>19</sup>

En estas observaciones acerca de la situación del niño en la familia, seguimos las explicaciones de Jouvenel, que no son por sí mismas ajenas a la concepción de lo político. Ya que, al hablar del adulto, será preciso no olvidar al niño; al tratar del ser político del hombre, será preciso no perder nunca de vista su ser familiar ni tampoco su original dependencia.

Lo mismo puede decirse también del segundo rasgo del estar en una familia: junto a la dependencia, la *protección* o mejor dicho el amor. El hombre-niño es un ser amado. El ser humano nunca es servido de modo tan diligente como cuando se halla en la incapacidad para “negociar” o para “defender sus derechos” (por consiguiente antes de toda relación económica o política). Recibir sin devolver, dar sin recibir, son actitudes fundamentales que caracterizan a la sociedad familiar, lo cual habrá de tenerse en cuenta incluso en la sociedad política.

Aun cuando se efectúan constantemente transposiciones a partir de las experiencias de la existencia social familiar, sin embargo, la situación política será primeramente diferente. En vez de ser abrigado, protegido, el hombre se hallará expuesto. Gozará de independencia, pero de ella experimentará en primer lugar el aislamiento, perderá las ventajas de la dependencia protectora.

El niño arrancado bruscamente de la familia, para ser lanzado a la escuela, se encuentra inmerso en otro tipo de relación, a la que Jouvenel califica de “extrañeza”, y la ilustra con este ejemplo:

Uno nuevo se encuentra en el patio de la escuela. Desorientado en un escenario ruidoso y tumultuoso se siente solo, e intruso, en un cosmos desconocido e incomprensible. Ingreso brutal en sociedad. En el niño imaginado existe un sentimiento muy vivo, es el de que no es miembro de este cuerpo al cual le parece que los ‘*Otros*’<sup>20</sup> pertenecen.

<sup>19</sup> Jouvenel, *op. cit.*, p. 115.

<sup>20</sup> *Idem.*



Jouvenel ha buscado una palabra para designar este país donde reinan los “Otros” colectivamente, donde rige el otro colectivo; intenta el neologismo “OTREDAD”. “Nuestro novato —dice— acaba de caer en *otredad*”.<sup>21</sup>

En otro ejemplo, más directamente político, que el mismo autor sugiere, dice que el nuevo miembro del parlamento no se halla en situación diferente del recién llegado a la escuela. Apenas tiene conciencia de ser uno de los que participan igualmente en la existencia de ese cuerpo, sino que siente en primer lugar que penetra en un lugar de vieja tradición, que tiene sus exigencias.<sup>22</sup>

A pesar de las apariencias, advierte Jouvenel, es el ejemplo de la escuela y no el del parlamento el que más cerca se halla de la situación política fundamental. El nuevo diputado es extraño solo en relación con las costumbres del Parlamento; por muchas otras razones, está familiarizado con el mundo de los hombres que allí va a encontrar. No ocurre lo mismo con el muchacho proyectado en el patio de la escuela ya que su experiencia está por venir.<sup>23</sup>

Ahora ya el otro no es familiar. Esta extrañeza del hombre frente al otro hombre, sin más, está preñada de violencia. No es necesariamente lucha, pero es el germen de todas las luchas que ocupan en efecto un lugar privilegiado en la realidad política.

#### IV. LOS RASGOS DE LO POLÍTICO

Violencia y lucha han de ser consideradas pues como rasgos fundamentales de lo político; su presencia, cuando no es manifiesta, está por lo menos latente en toda relación política. Dicho en otros términos, el mundo político es el de la acción del hombre sobre el hombre. “Ésta es una constatación chocante a primera vista, según dice Calvez”.<sup>24</sup> “Hobbes tiene mala fama, según dice Calvez, por haber dicho que el hombre es el lobo del hombre y haber dejado entrever que esta peligrosa situación persiste en el trasfondo de toda relación y de toda institución política. Supone que los hombres abandonan su libertad en favor de su seguridad”.<sup>25</sup> Y añade

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 22 y 23.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> *Idem*.

el mismo autor: “Hobbes se equivoca ciertamente cuando no ve más que este aspecto, pero inversamente es preciso guardarse de concebir el mundo político como un idilio”.<sup>26</sup> “Por lo menos, concluye, se adivina siempre, en el horizonte, el guardia y la policía, capaces de manejar la coerción física. Está también la competencia política, las guerras, las luchas revolucionarias, sin excluir la violencia cruda que se da en el terrorismo”.<sup>27</sup>

Sin embargo, debemos aclarar por nuestra parte, en la otra cara de la moneda la política tendencialmente es la superación de la violencia, propiamente la sustituye en las sociedades evolucionadas y entre más desarrollada esté una sociedad más estará orientada a desterrar la violencia y a resolver los conflictos mediante la negociación y el acuerdo

## V. EL FIN SOCIAL DE LA POLÍTICA

Aristóteles ya sostenía que toda asociación se constituyen en vista de algún bien: “Todo Estado —dice el Estagirita— es, evidentemente, una asociación, y toda asociación no se forma sino en vista de algún bien”.<sup>28</sup>

Con el desarrollo de la racionalidad política y la maduración de la conciencia moral, el hombre descubre el fin social de la política. Sin que desaparezca el elemento latente de la violencia, se impone a su conciencia que hay una *finalidad común* que se eleva de este modo a valor *objetivo*, por oposición a todas las finalidades del exclusivo mundo moral subjetivo. Se comprende entonces, dice G. Burdeau, en qué consiste la conciencia del fin social. No hay que interpretarlo falsamente como un acuerdo de voluntades individuales: “No es de un acuerdo de voluntades particulares de donde procede el vínculo social, es de la adhesión de cada uno a un objeto común”.<sup>29</sup> Y añade: “En vez de decir: entrar en sociedad, sería más exacto decir, *sentirse en sociedad*. El hombre se siente en sociedad cuando descubre en los otros, no las diferencias que los alejan de él, sino la identidad de espíritu que los acerca y la vocación semejante que los arrastra a todos, a él y a los otros, en la solidaridad de un fin idéntico”.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> Aristóteles, *La política*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1941, p. 25.

<sup>29</sup> Burdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid, Nacional, 1981, p. 54.

<sup>30</sup> *Idem.*

El fin social, en el que se expresa el reconocimiento, lleva precisamente el nombre de bien común, noción esencial de la relación política. “Este fin, señala Burdeau, hacia el que, a partir de ahora, tenderán todas las fuerza individuales, socialmente organizadas, se actualiza para los pensamientos que lo conciben, en un cierto número de objetivos preciso”.<sup>31</sup> Y el mismo autor señala que:

Cuando una comunidad social ha tomado conciencia del fin que cimienta la solidaridad de sus miembros, cuando se ha hecho suficientemente coherente para que la representación de un modo de vida deseable para todos se sobreponga a las aspiraciones individuales, entonces adopta un cierto tipo de organización social capaz de satisfacer sus exigencias. Este tipo de organización social se expresa en una idea contingente, ya que varía según los pueblos que la adoptan; es la *idea de Derecho*, es decir, de una cierta configuración de las relaciones sociales de vida en común.<sup>32</sup>

Ahora bien, según dicho autor, la idea de derecho, precisamente por ser una idea del futuro, posee un dinamismo que la empuja a realizarse. Y es así como da nacimiento al poder. Al respecto expresa:

En su forma más general el Poder es la energía de la idea de Derecho, la fuerza que tiende a introducirse en el ordenamiento jurídico positivo. Sin duda, en tanto se encarna en la persona física de un jefe, el Poder es muy distinto de la idea de Derecho, pero hay que comprender que no podría cumplir su misión si los gobernados no vieran en él la promesa del orden jurídico futuro.<sup>33</sup>

Y añade el mencionado jurista francés: “El Poder y el Derecho no son, pues, heterogéneos; lejos de oponerse se completan prestándose un mutuo apoyo”.<sup>34</sup>

## VI. SOLIDARIDAD DE POLÍTICA Y DERECHO

El mismo autor que hemos venido citando, con gran acierto enfatiza en el principio de solidaridad que une a la política (o al poder) con la idea de

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> *Idem.*

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 54 y 55.

<sup>34</sup> *Idem.*

derecho, pero aclara que en el régimen estatal, esta idea de derecho no se deja ya a la discreción de jefes efímeros; se introduce, con el poder, en la institución estatal. Esto, en virtud de que: “La Constitución del Estado precisa sus líneas esenciales de tal modo que, en adelante, escapa a la arbitrariedad de los gobernantes, que están obligados por su propio título a respetarla”.<sup>35</sup> Hay que aclarar, empero, que aunque los gobernantes en su actividad política no pueden ir contra la idea de derecho válida dentro del grupo, no les está prohibido aprovechar su prestigio o su sabiduría para inducir a los gobernados a una comprensión más exacta y fecunda de las necesidades de la vida política. “Haciendo esto, dice Burdeau, los gobernantes no hacen más que cumplir con su función de dirección de la vida colectiva, al adaptar la idea de derecho a la medida de los problemas cada vez más complejos que plantea la existencia y el progreso de las sociedades políticas”.<sup>36</sup> Lo anterior dará lugar, por otra parte, a la creación de instituciones políticas.

Maurice Duverger, señala que el término “instituciones políticas” designa esencialmente las instituciones políticas del Estado, pero hay que tener presente que:

En el lenguaje corriente (e incluso en el lenguaje de los especialistas), la voz política tiene dos sentidos. En un sentido amplio, se define por el poder, es decir, por un poder material legitimado por un sistema de creencias: todo poder es entonces político. En un sentido más restringido, la política es lo que se relaciona con los asuntos públicos, o el conocimiento de todo lo que tiene relación con el arte de gobernar un Estado y dirigir sus relaciones con los otros Estados.<sup>37</sup>

Para el referido autor, en las sociedades modernas el derecho es uno de los instrumentos esenciales del poder. No toda la actividad del poder se desarrolla dentro del marco del derecho, pero una gran parte de la actividad del poder se realiza a través del derecho. Las Constituciones, los códigos, las leyes, los reglamentos, las decisiones administrativas, son procedimientos de acción fundamental del poder.<sup>38</sup> Como señala Bidart Campos, “el poder como capacidad y energía políticas del Estado se ejerce por hom-

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 55 y 56.

<sup>37</sup> Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970, p. 32.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 33.

bres y sobre hombres. Hay una relación política entre quien manda y quienes obedecen”.<sup>39</sup> Jorge Carpizo, con precisión conceptual, enseña que: “El poder es una relación en la cual una persona, un grupo, una fuerza, una institución o una norma condicionan el comportamiento de otra u otras, con independencia de su voluntad y de su resistencia”.<sup>40</sup>

## VII. ESPECIFICIDAD DE LA RELACIÓN POLÍTICA

Ciertamente no basta afirmar que es político todo cuanto afecta al Estado. Se requiere establecer la especificidad de la relación política.

Los hombres mantienen entre ellos toda una serie de relaciones varias, que no se confunden, como las relaciones familiares y económicas. Por el contrario, estamos en el orden político en un sentido nuevo, cuando está en juego el *todo* del hombre. Cada que pueda ser requerida una prestación total, pensamos en lo político. Se tiene conciencia de que en un caso extremo se puede exigir aun el sacrificio mismo de la vida en la defensa de la patria o de valores políticos esenciales. En el dominio político estamos en relación con muchos hombres con los cuales no nos une ningún vínculo conyugal, de parentesco ni tampoco ningún vínculo económico, ni intercambio de trabajos y de bienes. Hay un *encuentro* con estos hombres, y se está ligado con ellos, sin que exista ninguno de estos vínculos *determinados* que son el amor conyugal, el parentesco, la fraternidad, el intercambio, la cooperación laboral y productiva. La relación política es, pues, la más *indeterminada*. No excluye estas mediaciones propias de estas relaciones, pero las supera y, en muchos casos, existe sin ellas. La relación política no es, sin embargo, abstracta. Está coloreada a menudo, ya sea por la abnegación más desinteresada, ya sea por vivas pasiones. Es el lugar de vínculos muy fuertes, y el campo de numerosos conflictos, incluso de conflictos violentos, cuando los hombres se hallan en desacuerdo respecto de la determinación del bien político, que es aquello mismo que ha de ser alcanzado por ellos gracias a esta relación (política) que sostienen.

Los hombres están reunidos, en un plan que es en sí determinado, para obtener un *bien* que se distingue de todos los fines que persiguen

<sup>39</sup> Bidart Campos, Germán J., *Teoría del Estado. Los temas de la ciencia política*, Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 110.

<sup>40</sup> Carpizo, Jorge, *Nuevos Estudios Constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 351.

las demás sociedades (o persiguen los hombres por mediación de las restantes relaciones). Persiguen este bien incluso cuando las relaciones sean relaciones de conflictos. Los protagonistas de los conflictos políticos, en desacuerdo con la definición del fin (o del bien político) y, con mayor frecuencia aún, respecto de los medios para alcanzarlo, no dejan por ello de considerar todos que ese fin político existe. ¿Qué bien? Precisamente un bien que no es de ningún modo particular. En dos sentidos. En primer lugar, no puede ser alcanzado, en principio, para uno sin que lo sea también para otro: bien *común*. La idea de bien *común* está ya también presente en el reconocimiento del hombre como hombre que preside la relación política. Reconocimiento recíproco y bien común van de concierto.

Se trata, además, de un bien que no se agota en ninguna satisfacción particular, aunque para alcanzarlos, hay que pasar por satisfacciones particulares, prestaciones del Estado a tales o cuales ciudadanos o tales o cuales capas de la población, etcétera. La prestación particular es solo un medio. La finalidad a la que se apunta es universal: es el hombre como hombre, su reconocimiento, por tanto, por ejemplo, su libertad, y por vía de consecuencia, la igualdad de todos los hombres, puesto que unos seres libres solo pueden ser concebidos como iguales; en otros términos, también se trata de la garantía del reconocimiento de su dignidad de hombre a todo ciudadano.

Desde todos los aspectos, hay en la relación política un matiz maximalista muy acentuado. Puede comprometer a todo el hombre; no está limitado por ninguna cualidad específica. Salvo, naturalmente, el ámbito de la relación del hombre con la trascendencia. “El hombre, dice Maritain, que forma parte del Estado, trasciende el Estado por el misterio inviolable de su libertad espiritual y por su vocación de bienes absolutos”.<sup>41</sup>

### VIII. EL HOMBRE COMO SUJETO DE LA POLÍTICA

Germán Bidart Campos señala que el quehacer que llamamos “política” es una actividad humana, es decir, del hombre.

Consiste en cosas que el hombre hace, en comportamientos que el hombre cumple. El hombre es el sujeto de la política. Hay política porque hay hombres. Hay organización política porque hay hombres, porque hay conviven-

<sup>41</sup> Maritain, Jacques, *Cristianismo y Democracia*, Buenos Aires, Dedalo, 1961, p. 55.

cia, que es también realidad humana. La mera observación descubre el fenómeno tan simple de que los hombres hacen política, de que son los únicos sujetos de la política.<sup>42</sup>

La política es la actividad destinada a alcanzar, ejercer y conservar el poder, y a luchar por él. La política es la actividad destinada a obtener el poder. Toda la actividad estatal que se traduce en el ejercicio del poder es política. A su vez, dado que la política es siempre actividad jurídica, toda el área de actividad política es simultáneamente jurídica.<sup>43</sup>

Por otro lado, Bidart hace notar que hay una acción política, por omisión, por prescindencia, por abstención “todos hacen política”. Quien no asume roles políticos activos deja, con su no-hacer, que hagan los demás. Y esa especie de vacío que produce su retraimiento no permanece en blanco, ingresa a la política plenaria, participa de ella, produce algún efecto político.<sup>44</sup> Entonces todo el mundo hace política, todo el mundo actúa en política, de una manera o de otra. Nadie se sustrae. Por eso la política es una actividad envolvente, omnipresente, constante, cotidiana, general. Solo varían sus modalidades.

En el mismo orden de ideas, Gablentz señala que el hombre apolítico hace también política por el hecho de que la transfiere a los demás. “Ya nadie puede escapar a la responsabilidad política. El ciudadano común determina la atmósfera política por su acción y su abstención, ya sea que elija o no, o que se limite a charlar sin responsabilidad alguna, pero también, cuando guarda silencio”.<sup>45</sup> La deserción de la política, considerada como actividad de gestión del bien común, tarde o temprano conduce a formas patológicas de Estado.

Giovanni Sartori recuerda que en Grecia “el hombre ‘no político’, era un ser defectuoso, un *idion*, un ser carente (el significado de nuestro término ‘idiota’), cuya insuficiencia consistía precisamente en haber perdido, en no haber adquirido, la dimensión y la plenitud de la simbiosis con la propia *polis*. Brevemente, un hombre ‘no político’ era simplemente un ser inferior”.<sup>46</sup> No en vano Aristóteles definía al hombre como un *zoon politikon* (animal político y social).

<sup>42</sup> Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 26.

<sup>43</sup> Véase *ibidem*, pp. 83-95.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 150-153.

<sup>45</sup> Gablentz, *op. cit.*, pp. 430 y 431.

<sup>46</sup> Sartori, *La política...*, *cit.*, p. 202.

## IX. LA VOCACIÓN POLÍTICA

Hay una vocación genérica para la política, a la que deben responder todos los ciudadanos en cuanto se refiere a la inescapable responsabilidad social de quienes viven en el Estado (*polis*). Es decir, la preocupación por el bien común, que se traduce en la obligación ética y jurídica de realizar las actividades tendentes a lograrlo. “A quien no le preocupen las cosas de la polis, decía Pericles, debe salir de ella”.

Pero existe también una vocación específica para la política, es decir, para actuar en la vida pública, de manera permanente y cualificada, y para lo cual se requiere de determinadas condiciones particulares.

Para Max Weber hay tres categorías: políticos *profesionales*, políticos *semiprofesionales*, políticos *ocasionales*.

En realidad —acota dicho autor— todos somos políticos *ocasionales* cuando depositamos nuestro voto, cuando aplaudimos o protestamos en una asamblea política, al desarrollar un discurso político, etcétera.

Los políticos semiprofesionales son, por ejemplo, aquellos delegados o directivos de agrupaciones políticas, los cuales, por lo general, realizan tales actividades en casos necesarios, “sin que pueda decirse que vivan primordialmente de ellas y para ellas, tanto en lo material como en lo espiritual”.<sup>47</sup>

Respecto a los *políticos profesionales*, dice Weber, “hay dos formas para hacer de la política una profesión: vivir para la política o vivir de la política. Si hay oposición ésta no es, en absoluto excluyente. Por el contrario, en general, se viven ambas al mismo tiempo; al menos, dándole un carácter ideal y, muchas veces, también material”.<sup>48</sup> Son, diríamos, dos modalidades de la actividad del *homo politicus*

De manera determinante, Weber considera que “son tres las cualidades de mayor importancia con respecto al político: pasión, sentido de responsabilidad y mesura”.<sup>49</sup>

Desde otra perspectiva, en la que resalta la experiencia y la conciencia ética que debe poseer el político, Nikolaus Monzel, advierte que: “Sólo quien disponga de la necesaria experiencia podrá decidir en la

<sup>47</sup> Weber, Max, *El político y el científico*, Coyoacán, pp. 15 y 16.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>49</sup> Weber, *op. cit.*, p. 61.



vida pública las mejores medidas y leyes”.<sup>50</sup> Añade: “La voluntad y la capacidad de adquirir la experiencia aquí exigida deben estar fuertemente desarrolladas en el político, a fin de que pueda perseguir y realizar fines de verdadero valor ético en la forma conveniente para la prosperidad de la sociedad”. Y afirma en forma contundente: “Así será un auténtico político realista”.<sup>51</sup>

Deberá —añade Monzel— considerar que no sólo incurren en grave culpa los dictadores despóticos y los intrigantes ávidos de poder, sino también los políticos ignorantes, que si bien tienen la voluntad de lograr altos fines éticos, no se cuidan de adquirir con esfuerzo el saber empírico, no siempre fácil de alcanzar, que exige su propio departamento. Si quisiéramos aplicar aquí una pareja conceptual plasmada por Max Weber<sup>52</sup> —y que, por cierto, se presta fácilmente a equívocos—, podríamos decir: Precisamente en política no está indicada una mera “ética de principios”, es decir, una mentalidad radical pero abstracta, que no tiene ojos para ver las realidades cambiantes, sino la “ética de responsabilidad” sostenida por un ponderado saber empírico, que no pretende realizar de una vez todo lo bueno, sino que con un empeño tenaz trata de realizar lo bueno que es posible en cada caso.<sup>53</sup>

Con Maquiavelo la política se diferencia de la moral y de la religión. La moralidad y la religión son, ciertamente, ingredientes fundamentales de la política; pero a título de instrumentos: “Al príncipe le es menester aprender a saber no ser bueno”. “Además, no debe importarle incurrir en la infamia de aquellos vicios sin los que difícilmente podría salvar al Estado”.<sup>54</sup> A un príncipe “le es preciso saber, y serlo bien, bestia y hombre”.<sup>55</sup> Como se infiere, para Maquiavelo la política es la política. La política tiene sus leyes, leyes que el político “debe” aplicar, con independencia de la moralidad de los medios que se utilicen. Estas tesis, desde luego, no son admisibles desde el ángulo de la ética política, pero tampoco debe ser simplificado el pensamiento del filósofo y político florentino,

<sup>50</sup> Nikolaus Monzel, *Doctrina social*, Barcelona, Herder, 1972, t. II, p. 372.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> Max Weber habla de una “ética de la convicción” y una “ética de la responsabilidad”, que, aclara, “no son términos opuestos entre sí; son elementos complementarios que deben concurrir en la formación del hombre que pueda tener ‘vocación política’”. *Op. cit.*, p. 79.

<sup>53</sup> Monzel, *op. cit.*, p. 273.

<sup>54</sup> Maquiavelo, Nicolás, *El príncipe*, México, Aguilar, 1976, pp. 120 y 121.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 134.

el cual siempre ha ofrecido dificultad en el análisis de la coherencia interna de su obra.

## X. LA INTERACCIÓN ENTRE POLÍTICA, DERECHO Y PODER

Es bien sabido que la relación política está determinada por la presencia del poder, del mando y de la obediencia. Incluso hasta tal punto que a menudo se hace del “poder” la definición de lo político. De aquí surge una nueva cuestión.

¿Qué lugar exacto ocupa el poder en el seno de la situación elemental antes descrita, lucha y reconocimiento? O más bien: ¿cómo entra el poder en esta relación? La cuestión se desdobra por otra parte inmediatamente: para algunos, en efecto, lo político es sobre todo el mundo del derecho; ahora bien, el derecho aparece a menudo como lo opuesto al poder. ¿Cómo se sitúan, pues, uno respecto de otro, poder y derecho? ¿Qué vínculos existen ente ellos? ¿Hay paso del poder al derecho? ¿Cómo se realiza?

Como explica Gablantz, se debe superar la confusión popular de que en la política se contraponen el poder y el derecho como magnitudes incompatibles. En realidad se trata de una tensión, cuya superación en cada caso y su constantemente nueva aparición constituye el contenido de la política. Pues la política no es en sí lucha por el poder, sino lucha por el poder con el fin totalmente determinado de conseguir un orden de vida en común relativamente duradero y gobernar en él. Pero un orden duradero solo es posible si los subordinados se ensamblan, porque queda satisfecha una mínima medida de su sentimiento en favor del derecho. La política es siempre lucha por el poder; la política debe crear siempre un orden de vida común; la política debe satisfacer la conciencia del derecho que tienen los hombres. Así se puede definir: “La política es la lucha por el recto orden”.<sup>56</sup> Es decir, por un orden social y político justo. La política se desnaturaliza cuando tiene como fin último la conquista del poder por

<sup>56</sup> Heinrich von der Gablantz Otto, *op. cit.*, p. 17. Dicho autor añade que: “El régimen militar se distinguió del civil esencialmente sólo porque se llegaba al poder sin elecciones. Desde la revolución mejicana (sic) de 1911 esto cambió paulatinamente. Ahora existían realmente los levantamientos de campesinos y las reformas agrarias. Se formó una clase media en las ciudades y los oficiales profesionales que surgían en ella se convirtieron en los portadores de las ideas de reforma”.

el poder mismo. Conquista del poder, sí, pero para ponerlo al servicio de la consecución del bien común.

Con la idea de bien común —apunta G. Burdeau— se afirma:

Un estado de conciencia por el cual los miembros del grupo se sienten solidarios unos de otros. Queda fundada una sociedad. Pero le falta aún la fuerza de impulsión que le desencadene el movimiento y gracias a la cual la haga vivir y la convierta en realidad histórica. Esta fuerza es el Poder político. Con el poder salimos del dominio de los fines para entrar al mundo de los medios. Antes de que se deje sentir la sociedad tenía una existencia más intencional que real. El poder aparece con la sociedad en acto, concreta su unidad; es el signo de su fin, el bien común.<sup>57</sup>

Para dicho autor “el poder es una *fuerza* al servicio de una idea. Es una fuerza nacida de la voluntad social, destinada a conducir al grupo a la búsqueda del bien común y capaz, llegado el caso, de imponer a los miembros la actitud que manda”.<sup>58</sup> Siendo esto así, debemos concluir por nuestra parte, que el derecho, lejos de ser la antinomia de la fuerza, la postula y la justifica. El poder sin el derecho es la barbarie y el derecho sin el poder es la impotencia. La fuerza es, ciertamente, la *última ratio* de la autoridad, pero es inexcusable no usarla cuando se trata de hacer prevalecer la ley contra quienes la violentan. El orden jurídico es un elemento consustancial al bien común en todo Estado de derecho. Y el orden público, a su vez —tan desfigurado en las dictaduras—, es un elemento del orden jurídico, sin el cual no puede subsistir un sistema democrático.

Pero hay que insistir, por otra parte, que la esencia del derecho no es la coactividad, la posibilidad legalmente autorizada de exigir, mediante coacción y fuerza física, el cumplimiento de la obligación cuando ésta no se cumple por la buena. “Entonces, se pregunta Efraín González Morfín, ¿el derecho no es coactivo?”.<sup>59</sup> Y se responde:

Sí es coactivo, pero la coactividad no es la esencia del derecho; es una propiedad esencial que se sigue de la esencia ya constituida del derecho... La esencia del derecho es, ante todo, su capacidad de obligar en conciencia y de dirigirse

<sup>57</sup> *Op. cit.*, p. 45.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>59</sup> González Morfín, Efraín, *Temas de filosofía del derecho*, México, Universidad Iberoamericana-Noriega Editores, 2003, p. 293.

a la buena voluntad de la gente para cumplir los justo objetivo. Si el hombre falla interviene la coactividad, pero no comenzamos con la coactividad...<sup>60</sup>

Orientado de este modo en su significado, el poder reclama consentimiento y obediencia: nueva forma, nueva etapa del proceso fundamental de reconocimiento. Por espontáneo que sea (este reconocimiento) no se dirige tanto al jefe como a la idea que representa este jefe, es decir al modo de vida social, a la concepción del bien común en nombre de los cuales reclama la adhesión.

Debe entonces puntualizarse que la coacción, la fuerza material de que dispone el Estado para hacerse obedecer y preservar el orden jurídico, de ninguna manera es el único instrumento ni el más importante —aunque absolutamente necesario— que posee para la realización de dicho fin, pues la pulsión espontánea y el acatamiento racional de los ciudadanos a la autoridad y a las normas jurídicas, debe ser la regla general, como de hecho lo es en las sociedades civilizadas. El mismo Max Weber señala que “la violencia no es el medio normal y tampoco el único de que se vale el Estado para hacerse obedecer, pero sí podemos decir que es su medio específico”.<sup>61</sup> Más adelante el citado autor dice que:

En la actualidad, debemos señalar que el Estado es una comunidad humana dentro de los límites del territorio establecido, ya que este es un elemento que lo distingue, la cual reclama para ella —con el triunfo asegurado— el *monopolio de la legítima violencia física* (el énfasis es nuestro), éste es el único venero del derecho a la violencia.<sup>62</sup>

Giovanni Sartori, comentando este texto de Weber, dice que es de la mayor importancia tener en cuenta que el “uso legítimo” debe entenderse como “subordinación de la fuerza y/o de la violencia al Estado de derecho y a la juridicidad de la política”.<sup>63</sup> “Referirse a Weber —concluye Sartori— para hacerlo decir que el Estado es violencia, es un original forzamiento a simple vista que revela, todavía más una asombrosa ignorancia sobre qué tan endeudada está la condición humana con la civilización del derecho”.<sup>64</sup>

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

<sup>61</sup> Weber, Max, *op. cit.*, p. 8.

<sup>62</sup> *Idem.*

<sup>63</sup> Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Tribunal Federal Electoral-Instituto Federal Electoral, 1993, p. 32.

<sup>64</sup> *Idem.*

Es pertinente recordar que en su evolución histórica el poder se convierte en jurídico, a partir de su condición inicial de poder de hecho, y todas las relaciones políticas comportarán desde entonces este derecho impersonal como su referencia obligada. En otros términos, las relaciones políticas se inscriben en un Estado: es decir establecimiento determinado, más allá de lo arbitrario personal. El Estado es institucionalidad de la sociedad política, más allá de su situación primitiva en la que reinaba solo la personalidad.

## XI. JURIDICIDAD DE LA POLÍTICA

Como señala Germán Bidart Campos —a quien seguimos en esta parte de nuestro trabajo— “hay que prevenirse de quienes consideran que la acción política es una acción no sujeta a normas jurídicas, o exenta de juridicidad”.<sup>65</sup> Y enseguida previene: “Hay que tener mucho cuidado con esta afirmación”.<sup>66</sup>

En primer lugar, decir que la acción política es la que no está sometida a normas jurídicas es tan falaz como predicar que el derecho consiste únicamente en ser norma, o que lo jurídico está en las normas. Y no es así. El derecho es realidad social de conductas. Lo jurídico es un mundo jurídico, es vida jurídica.

En segundo lugar, centrar la acción política fuera de la juridicidad (sea que ésta se identifique solo con la normatividad o no, es desentenderse de una verdad elemental: que no hay Estado sin derecho, que no hay política que no sea a la vez un fenómeno jurídico. Si no todo lo jurídico es político, toda acción política, toda actividad política, son fenómenos jurídicos, están dentro del mundo jurídico, tienen juridicidad ontológicamente. Haya o no normas escritas.

Pero aún si lo que se aspira a definir como acción política recaba inexorablemente que esa acción —para ser política— carezca de previsión normativa, tal noción sería también falsa. ¿Qué más político, por ejemplo, que declarar una guerra, o vincularse mediante un tratado internacional, o realizar un pacto entre las diversas fuerzas políticas? Pues tales acciones, neta e intensamente políticas, suelen contar con una habilitación expresa en normas constitucionales que prevén las respectivas competencias de los órganos de poder.

<sup>65</sup> Bidart Campos, *op. cit.*, p. 153.

<sup>66</sup> *Idem.*

Lo anterior se concilia con la afirmación de que todo acto de poder es político, también el que parezca más reglamentado, más encasillado, con menor margen de arbitrio y discreción, o más intrascendente. Hasta, por ejemplo, la sentencia que dicta un juez condenando a pagar una mínima suma de pesos. Lo que ocurre es que hay intensidades políticas variables y diferentes. Toda la actividad del Estado, todas sus funciones, son actos políticos. Pero como también hay actos políticos en la sociedad, y fuera del marco del poder, estos actos de los gobernados son políticos porque reciprocán al poder, porque se refractan sobre él, porque inciden en él.

Sin embargo, hay situaciones de profunda crisis en que la discrepancia básica en torno de valores compartidos crea el estado llamado de anomia, que no hace perder politicidad a los actos porque, dentro de ese quebrantamiento general o dislocamiento caótico, siguen incidiendo en la sociedad total y en el bien común. El vocablo “anomia” alude a la desintegración social que se produce cuando no hay regulación social.<sup>67</sup>

En un momento del desarrollo del proceso de la maduración de la conciencia jurídica de la humanidad van a ir apareciendo los derechos humanos y, entre ellos, los derechos políticos, que van a elevar la actividad política, la dimensión política del hombre, al rango de los derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana. “Entre los derechos humanos —dice Efraín González Morfín— se encuentran los derechos políticos, que se refieren a la vida de la persona y de las sociedades en el Estado”.<sup>68</sup> Y prosigue:

Los derechos humanos en materia política se refieren sobre todo a la participación de los miembros del cuerpo político, ejercicio y vigilancia de la autoridad. El derecho del pueblo de nombrar a sus gobernantes y de vigilarlos en el ejercicio del poder político es un derecho humano fundamental, cuya violación tiene un amplio efecto multiplicador sobre todos los aspectos de la vida humana. Es radicalmente injusta la exclusión del pueblo de las decisiones políticas fundamentales acerca de la elección, vigilancia y calificación de quienes ejercen el poder. Existe concatenación interna entre los derechos humanos. Si se acepta que los seres humanos existan, se establece la condición fundamental para el ejercicio de la lógica interna de los derechos.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Véase Bidart Campos, *op. cit.*, pp. 151-160.

<sup>68</sup> González Morfín, Efraín, “Doctrina social cristiana y derechos humanos”, *Jurídica, Anuario Jurídico de la Universidad Iberoamericana*, núm. 19, 1988-1989, pp. 356-358.

<sup>69</sup> *Idem.*

Nos encontramos así ante un hito esencial de la vida política. Los derechos del hombre, una vez institucionalizados, se convertirán en libertades públicas, que aparecen como límites al Estado en el interior del propio Estado, que es una nueva manera de someter al derecho el Estado que no tenía otra finalidad.

## XII. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Toda esta historia de permanente tensión entre la política y el derecho tiene su cristalización en el Estado constitucional de derecho. La Constitución es el acto que determina la manera cómo son escogidos los gobernantes y las condiciones en que ejercen el poder. Al disociar el poder de las voluntades individuales, hace de él una potencia de derecho y de ellos los servidores del derecho. Aparece así como el correctivo jurídico del fenómeno político que es el poder; sanciona la sumisión de la política al derecho.

Como explica Burdeau, esto no tiene como fin ni debe tener como efecto el desvalorizar el genio político. Pero “enmarcadas, dirigidas, orientadas por las disposiciones constitucionales, todas las cualidades de intuición y sangre fría, todos los recursos del carácter, toda la experiencia y la cultura que constituyen el valor de un hombre de Estado están puestos al servicio total y exclusivo de la institución estatal”.<sup>70</sup>

Podemos concluir diciendo que la política y el derecho encuentran su “hábitat” en nuestros días en el Estado constitucional de derecho, que es al mismo tiempo organización política y organización jurídica. La actividad política se desenvuelve dentro de un amplio marco jurídico, que le reconoce un margen suficiente de operatividad para su función libre y creativa.

<sup>70</sup> Citado por Calvez, Jean-Ives, *op. cit.*, p. 90.





## LAS REFERENCIAS RECÍPROCAS ENTRE LA CORTE EUROPEA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ¿DE LA INFLUENCIA AL DIÁLOGO?

Tania GROPPI\*

Anna María LECIS COCCO-ORTU\*\*

*SUMARIO: I. Presentación de la investigación. II. Analogías y diferencias entre el sistema europeo y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. III. La investigación empírica: las citas explícitas en el periodo 1987-2012. IV. En conclusión: las Cortes regionales entre universalismo y particularismo de los derechos humanos.*

### I. PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La comparación entre los dos principales sistemas regionales de tutela de derechos humanos, y en particular entre las dos Cortes encargadas de la garantía de los derechos, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha despertado desde hace tiempo la atención de la doctrina, interesada en la indubitable similitud entre los dos sistemas, así como de la inspiración que la Corte Interamericana ha encontrado tradicionalmente en la jurisprudencia de Estrasburgo.<sup>1</sup>

\* Profesora ordinaria de Derecho Público, Universidad de Siena.

\*\* Doctoranda en Derecho Público Comparato, Universidades de Siena y de Aix-Marseille.

El texto es el resultado del trabajo conjunto de las dos autoras. Todavía en la fase de redacción, los párrafos 1 y 4 fueron escritos por ambas, mientras que el párrafo 2 corresponde a Tania Groppi y el párrafo 3 a Anna María Lecis Cocco-Ortu.

El texto se presentó originalmente en la Mesa redonda de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL en inglés), “Key Developments in Constitutionalism and Constitutional Law”, acaecido en Belgrado el 4 y 5 de mayo de 2012, mientras que la versión francesa del texto será publicada en Basta Fleiner,

El presente trabajo no tiene por tanto el objetivo de analizar globalmente las similitudes y las diferencias entre los dos sistemas, que ya ha sido objeto de numerosos y atentos estudios, sino, más modestamente, de aclarar los resultados de una investigación empírica sobre las referencias o citas recíprocas entre las dos cortes, reconocibles en la motivación de sus resoluciones.

Los estudios más difundidos sobre la globalización del derecho y sobre la circulación de la jurisprudencia han mostrado que la referencia a las fuentes “extrasistémicas”, o externas al contexto jurídico de referencia, ya no es un fenómeno circunscrito a los mismos tribunales nacionales, sino que afecta en estos momentos también a las cortes internacionales.<sup>2</sup>

L. R. y Marinkovic, T. (coords.), *Key Developments in Constitutionalism and Constitutional Law on the Occasion of the 30th Anniversary of the IACL*, The Hague, Eleven International Publishing, 2014 (*en prensa*).

<sup>1</sup> Se señala en particular la reciente obra colectiva dedicada propiamente al diálogo y a las convergencias entre los sistemas europeo y americano, a cargo de García Roca, J. *et al.*, *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Navarra, 2012. Véase, también, Cappuccio, L. *et al.*, *Le corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Nápoles, 2012; Sagués, N. P., “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Von Bogdandy, A. *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, Mexico, 2011, pp. 381 y ss.; Cançado Trindade, A. A., “Approximations and Convergences in the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights”, en Cohen-Jonathan, G. y Flauss, J. F. (coords.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruselas, 2005, pp. 101-138; Cançado Trindade, A. A. y Caflisch, L., “Les Conventions Américaine et Européenne des Droits de l’Homme et le Droit International Général”, *RGDIP*, 2004, p. 5.

<sup>2</sup> Véase el volumen que recoge las ponencias del Congreso efectuado el 28 de abril de 2006 en la Universidad de Bruselas, *Le Dialogue des juges*, Bruselas, 2007 y, en particular, la ponencia de L. Hennebel, *Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l’homme*, p. 31; véanse también Burgorgue-Larsen, L., “De l’internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l’attention de Bruno Genevois”, en varios autores, *Le dialogue des juges. Mélanges en l’honneur du président Bruno Genevois*, París, 2009, pp. 95-130, en particular las pp. 119 y ss.; Cohen-Jonathan, G. y Flauss, J. F. (coords.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, *cit.*, en particular las conclusiones de J. F. Flauss, *Diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme et interactions normatives dans le domaine de la protection des droits de l’homme*, p. 265; la obra contiene diversas contribuciones sobre la influencia de la jurisprudencia de la Corte EDH por parte de: las jurisdicciones penales internacionales (de A. Cassese, 11), del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (de M. Bossuyt, p. 29), de la Corte Interamericana (de A. A. Cançado-Trindade, p. 83), de la Comisión Africana de Derechos Humanos (de E.

De manera frecuente tales estudios, tanto aquéllos que se centran en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales como los que versan sobre la jurisprudencia internacional no cuentan con una base documental adecuada, que demuestre la efectividad de la circulación jurisprudencial: en las investigaciones empíricas más completas y mejor documentadas emerge que, si se pasa de la teoría a la práctica, el contexto cambia sensiblemente y el fenómeno de la circulación de la jurisprudencia queda redimensionado notablemente, tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el cualitativo.<sup>3</sup>

Por este motivo, con el presente estudio se desea verificar de manera completa y sistemática algunas de las consideraciones que se señalan con frecuencia en la doctrina sobre las relaciones entre dos cortes regionales que presentan sobresalientes similitudes y entre las que hay contacto frecuente e intercambios recíprocos (como visitas, seminarios, etcétera), además de una cierta circulación jurisprudencial documentada desde tiempo atrás.

En el análisis de la relación entre las dos Cortes se ha utilizado la misma metodología ya usada en algunas investigaciones empíricas relativas al uso de precedentes extranjeros por parte las cortes constitucionales, que se han limitado a tomar en consideración las meras referencias explícitas a la jurisprudencia extranjera.<sup>4</sup>

Lambert-Abdelgawad, p. 101), de la Corte de Justicia de la Unión Europea (de O. De Schutter, p. 189), de las jurisdicciones internacionales especializadas (de J. F. Flauss, p. 243); consúltese también: Miller, N., "An International Jurisprudence? The Operation of "Precedent" Across International Courts and Tribunals", *IJIL*, 2002, p. 499; Jacobs, F. G., *Judicial Dialogue and the Cross-fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice*, *Tex. Int'l L.J.*, 2003, p. 547; Neuman, G. L., *The External Reception of Inter-American Human Rights Law*, *Quebec Journal of International Law (RQDI)*, 2011, p. 99.

<sup>3</sup> Sobre el fenómeno de la circulación jurisprudencial entre cortes nacionales, véase los resultados de las investigaciones empíricas recogidas en Groppi, T. y Ponthoreau, M. C., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013; en contraste, para lo relativo a las cortes internacionales objeto del presente texto, la investigación empírica más completa al día de hoy resulta ser la reportada en García Roca, J. *et al.* (coords.), *El Diálogo...*, *cit.*; véase también Hennebel, L., *Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme*, *cit.*

<sup>4</sup> Groppi, T., *A User-friendly Court. The Influence of Supreme Court of Canada Decisions since 1982 on Court Decisions in Other Liberal Democracies*, *Supreme Court Law Review*, 2007, p. 337; Law, D. S. y Chang, W. C., *The Limits of Global Judicial Dialogue*, *Washington Law Review*, 2011, p. 523; Rautenbach, C. y Du Plessis, L., *In the Name of Comparative Constitutional Jurisprudence: the Consideration of German Precedents by South African Constitutional Judges*, de próxima publicación en *German Law Journal*; Groppi, T. y Ponthoreau, M. C., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, *cit.*

La decisión de limitar el análisis a las referencias explícitas no se debe a una minusvaloración de la existencia efectiva y de la importancia de la influencia implícita —que no se traducen, esto es, en referencias expresas de la jurisprudencia extrasistémica en la motivación de las decisiones— sino sobre todo en la comprensión de que una investigación que toca también las referencias implícitas requeriría el empleo de instrumentos de investigación extremadamente complejos, como cuestionarios o entrevistas, así como una lectura profunda de toda la jurisprudencia relevante.<sup>5</sup>

Por otro lado, inclusive siendo conscientes de los límites de un estudio circunscrito a las meras referencias explícitas, no parece del todo infructuoso, contribuyendo a nuestro parecer a procurar ulteriores elementos de análisis que pueden ilustrar un fenómeno difuso y articulado, como lo es la circulación jurisprudencial.

El tratamiento del fenómeno de la circulación de la jurisprudencia entre dos cortes regionales requiere, antes que nada, tomar en consideración las numerosas diferencias existentes entre éstas y las cortes constitucionales nacionales: diferencias que van desde el tipo de textos normativos que deben salvaguardar (los tratados internacionales de derechos humanos y las Constituciones nacionales, respectivamente) hasta el objeto de sus resoluciones (que, en el caso de las cortes constitucionales, no siempre se trata de la violación de un derecho, concretándose en la mayor parte de los casos en la inconstitucionalidad de una ley); de la composición del órgano jurisdiccional (en particular, en el caso del procedimiento de nominación y las características individuales de cada uno de los jueces) al funcionamiento de la Corte, hasta invertir a los sujetos destinatarios de las decisiones (que en el caso de las cortes constitucionales nacionales con frecuencia son los legisladores).

<sup>5</sup> Por cuanto sabemos, solo un estudio monográfico de este tipo ha sido publicado: el texto de Catherine Dupré sobre la influencia de las decisiones de la Corte Constitucional alemana en materia de dignidad humana sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional húngara, influencia absolutamente implícita. Véase Dupré, C., *Importing Law in Post-Communist Transitions*, Oxford, 2003. Más recientemente, la cuestión de las citas implícitas ha sido objeto también de algunos artículos basados en entrevistas a jueces: Bentele, U., “Mining for Gold: the Constitutional Court of South Africa’s Experience with Comparative Constitutional Law”, *Georgia J. Int. Comp. Law*, 2009, p. 219; Flanagan, B. y Ahern, S., “Judicial Decision-Making and Transnational Law: A Survey of Common Law Supreme Court Judges”, *ICLQ*, 2011, p. 1; Mak, E., “Why Do Dutch and UK Judges Cite Foreign Law?”, *CLJ*, 2011, p. 420; Law, D. S. y Chang, W. C., *The Limits of Global Judicial Dialogue*, *cit.*

Para los fines de la presente investigación, al menos tres perfiles de peculiaridad de las cortes internacionales regionales se tendrán en consideración.

En primer lugar, es evidente que una cierta inclinación a conceptualizar a la jurisprudencia de otros sistemas jurídicos es propia de la naturaleza misma de las cortes internacionales, las cuales están llamadas a dirigirse a los diferentes ordenamientos legales de los Estados miembros y deben, por lo tanto, enfrentarse a contextos jurídicos y culturales muy variados. Por ello, se puede afirmar que, en alguna manera, son por naturaleza comparatistas.<sup>6</sup>

Más aún, es necesario considerar la diversa composición de las cortes internacionales respecto de las cortes constitucionales. Las cortes internacionales son, de hecho, conformadas por juristas provenientes de países distintos, cuyo bagaje de tradiciones jurídicas y culturales puede tener un impacto notable sobre su propensión a la referencia de decisiones extrasistémicas, con efectos más bien complejos de aquéllos que se han podido observar al nivel de las cortes constitucionales nacionales donde, por otra parte, la personalidad de cada uno de los jueces ejerce una influencia muy relevante en sus inclinaciones a hacer referencias.<sup>7</sup>

Finalmente, se debe tener en cuenta la naturaleza diversa de los destinatarios de las decisiones tanto de las cortes constitucionales como de las internacionales. De hecho, mientras las decisiones de las primeras están destinadas a una audiencia compuesta esencialmente de las instituciones

<sup>6</sup> Vergottini, G. de, *Oltre il diálogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, 11; *id.*, “Tribunales constitucionales y comparacion en la extensión de las declaraciones de derechos”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, vol. II, Mexico, 2008, pp. 637-650, especialmente p. 641. Sobre la actitud “comparatista” de la Corte EDH, consúltese también C. Rozakis, *The European Judge as Comparatist*, *Tulane L.Rev.*, 2005, p. 273; Costa, J. P., *Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme: de l’influence de différentes traditions nationales*, *RTDH*, 2004, p. 101; Widmer, P., *Le rôle du droit comparé dans la formation du droit européen*, Zurich, 2002; Carozza, P. G., “Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Notre Dame L. Rev.*, 1998, p. 1217; Repetto, G., *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudencia sovranazionale*, Napoli, 2011; es posible revisar también Lecis Cocco Ortu, A. M., *La comparaison en tant que méthode de détermination du standard de protection des droits dans le système CEDH*, *Revista AIC*, 2011.

<sup>7</sup> Law, D. S. y Chang, W. C., *The Limits of Global Judicial Dialogue*, *cit.*, p. 523; Rautenbach, C. y Du Plessis, L., *In the Name of Comparative Constitutional Jurisprudence: the Consideration of German Precedents by South African Constitutional Judges*, *cit.*

y de la opinión pública nacional, las decisiones de las cortes internacionales, por el contrario, están dirigidas a los Estados y, en particular, a los jueces nacionales.<sup>8</sup>

Dado que la motivación de las decisiones judiciales tiene como objetivo principal el volverlas persuasivas y mejor aceptadas a los ojos de sus destinatarios, la selección de los argumentos por parte de las Cortes está fuertemente influenciada por la percepción que tienen de la sensibilidad y de la preferencia de su público de referencia. Por lo que hace específicamente a las cortes internacionales, por tanto, asume una importancia crucial la percepción que tienen, en términos de cultura jurídica y de preferencia geopolítica, de los jueces nacionales, los destinatarios privilegiados de sus decisiones.

Estas consideraciones implican diferenciaciones no solo entre cortes constitucionales nacionales y cortes internacionales, sino también entre las diferentes cortes internacionales.

Establecidas estas premisas, se puede anticipar que, de la investigación emerge cómo es difícil todavía encuadrar las relaciones entre las dos Cortes aquí consideradas en la óptica del “diálogo”<sup>9</sup> (y no solo porque se trata de un término del cual se abusa con frecuencia<sup>10</sup>), no obstante una creciente tendencia de las dos Cortes a observarse, a citarse y, en fin, a adoptar soluciones convergentes en diversos ámbitos.<sup>11</sup>

Por muchos años, la relación ha ido exclusivamente “en un sentido”, en el momento en que solo la CIDH, en cuanto jurisdicción de nueva Constitución, miraba a la más antigua e influyente CEDH. Se podía hablar entonces de “influencia” entre una Corte y otra, más que de “diálogo”.

Es a partir de la primera década de este siglo que la CEDH comienza también a citar a su homóloga americana en un conjunto de decisiones

<sup>8</sup> Burgorgue-Larsen. L., “Les standards: normes imposées ou consenties?”, en Fatin-Rouge Stefanini, M. y Scoffoni, G. (coords.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux?*, Aix-en-Provence, 2013, pp. 15-30.

<sup>9</sup> Para una opinión en contrario puede revisarse García Roca, J. *et al.*, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo”, en García Roca, J. *et al.* (coords.), *El diálogo...*, *cit.*, que califican a las comunicaciones transjudiciarias entre las dos Cortes como formas de un diálogo verdadero y propio, si bien “débil” y “asimétrico”: consúltese en particular las pp. 89 y ss.

<sup>10</sup> Como nos ha explicado eficazmente el profesor en G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti*, *cit.*

<sup>11</sup> Dando así lugar a aquella convergencia de soluciones jurisprudenciales que A. M. Slaughter ha definido como “emerging global jurisprudence”: Slaughter, A. M., *A Global Community of Courts*, *HarvInt'l L J*, 2003, p. 202.

que, si bien exiguo, no aparece irrelevante desde el punto de vista cualitativo, como veremos a continuación. Por su parte, en la jurisprudencia de la CIDH no se encuentra una reducción de las referencias a la jurisprudencia europea, como se demuestra, por ejemplo, en la sentencia *Atala Riffo e hijas vs. Chile* (del 24 de febrero de 2012),<sup>12</sup> en la cual los jueces interamericanos han determinado que la convivencia de un progenitor con una persona del mismo sexo no lesiona el interés superior del menor que cohabita con él o ella. Las numerosas referencias de la jurisprudencia europea son utilizadas por la Corte con múltiples finalidades. Éstas sirven para dar una interpretación extensiva del concepto de discriminación, que contemplan la categoría de la “orientación sexual” entre las categorías protegidas; para afirmar que la orientación sexual es un componente esencial de la identidad de la persona; para sostener que, de acuerdo a la Convención Americana de los Derechos del Hombre (CADH), no existe una concepción cerrada de “familia”. En la misma línea se coloca la sentencia *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* del 28 de noviembre de 2012, donde se revelan numerosas citaciones de la jurisprudencia europea, si bien éstas han sido prevalentemente orientadas a demostrar “que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida”.<sup>13</sup>

El presente ensayo se encuentra dividido en tres partes. En la primera, se adelantarán algunas consideraciones generales sobre las diferencias y las semejanzas entre los dos sistemas considerados. En la segunda, se evidenciarán y comentarán algunos datos encontrados a través de la investigación empírica. Para finalizar, se individualarán algunos destellos de reflexión y se esbozarán algunas conclusiones preliminares, sobre todo en vista de potenciales desarrollos futuros en las relaciones entre las dos Cortes.

<sup>12</sup> Sobre el particular, véase el análisis de L. Cappuccio en Cappuccio, L. *et al.*, *Le corti regionali tra Stati e diritti*, cit., p. 193.

<sup>13</sup> *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* del 28 de noviembre de 2012, par. 253. Esta sentencia se encuentra fuera del lapso temporal objeto de la investigación que, como se establecerá mejor más adelante, se cierra al 31 de agosto de 2012. (N. de los T.: Todas las referencias a las sentencias de la Corte IDH fueron tomadas directamente de las versiones oficiales de dichas sentencias en español. El resto de las traducciones del francés al español son nuestras. El texto completo de la sentencia se encuentra disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)).

## II. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA EUROPEO Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antes de proceder al análisis de las decisiones que contienen referencias recíprocas es oportuno revisar, brevemente, las características comunes de ambas Cortes así como aquellas, por otro lado, que se presentan como distintivas de cada una de ellas, que pueden influenciar su propensión a la citación explícita.<sup>14</sup>

Partiendo de los rasgos comunes, ellas representan el fundamento de la presente investigación: los dos sistemas para la protección de los derechos humanos son muy similares, ya sea en el perfil sustancial, o de los derechos sancionados en sus respectivas cartas, o en el perfil procesal, esto es, de las garantías jurisdiccionales previstas.

La Convención Europea de los Derechos del Hombre (CEDH) ha constituido indubitablemente el modelo principal para la redacción de la Convención Americana de Derechos del Hombre (CADH), en 1969:<sup>15</sup> se trata de dos catálogos fundados sobre los derechos civiles y políticos, que contienen normas de principio más que verdaderas reglas, que a su vez

<sup>14</sup> Para un cuadro más exhaustivo, consúltese García Roca, J. *et al.*, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo”, en García Roca, J. *et al.* (coords.), *El diálogo...*, *cit.*, pp. 79 y ss.; Cappuccio, L. *et al.*, *Le corti regionali tra Stati e diritti*, *cit.*, p. 1; Piovesan, F., “Proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas regionais europeu e interamericano”, en von Bogdandy, A. *et al.* (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, 2010, pp. 625 y ss.

<sup>15</sup> P. G. Carozza ha subrayado cómo la influencia del sistema europeo si ha manifestado también a través de la contribución ofrecida por personalidades en lo individual, que han sido protagonistas en la construcción del prototipo europeo: “Es interesante notar que uno de los grandes actores de la Conferencia Especial Interamericana encargado de formular el proyecto de convención fue René Cassin, quien estuvo presente en calidad de experto invitado (y trabajó en colaboración con otras personas que conocían el sistema europeo de protección de los derechos humanos). Cassin intervino en múltiples ocasiones con el fin de comparar las propuestas con el sistema europeo y sugerir soluciones paralelas, y lo mismo vio en esos trabajos la ocasión de corregir o evitar dificultades menores que habían aparecido en Europa, que de proponer, a raíz de este hecho, ejes de investigación diversos”: P. G. Carozza, *Le cinquantenaire de la Cour européenne des droits de l'homme vu par les autres juridictions internationales*, Strasbourg, 30 enero 2009, en: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/A60E9D1E-B58C-48AE-A7E0-166BD35DDBD0/0/30012009PresidentCarozza\\_Seminaire\\_fr\\_.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/A60E9D1E-B58C-48AE-A7E0-166BD35DDBD0/0/30012009PresidentCarozza_Seminaire_fr_.pdf).



tienen el objetivo de proteger el contenido esencial de los derechos tutelados, en razón del propio carácter subsidiario respecto a los instrumentos nacionales de tutela. Ambas cartas consienten que la ley pueda imponer limitaciones a los derechos garantizados, siempre y cuando se respeten algunas condiciones previstas en los dos documentos con formulaciones análogas, que hacen referencia a las medidas necesarias, en una sociedad democrática, a la protección de la seguridad nacional o de otros valores (como la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden público, la prevención del crimen, la protección de la salud e higiene públicas, de la moral, de los derechos y de la libertad de terceros, etcétera).

Se pueden señalar consideraciones análogas por lo que respecta a las garantías jurisdiccionales: el sistema europeo ha, en los hechos, influenciado al americano, al cual todavía se le han aportado algunas correcciones, a la luz de la experiencia europea.<sup>16</sup>

Ambas Cortes son, entonces, órganos jurisdiccionales autónomos, cuyo objetivo es el de aplicar las Convenciones respectivas evaluando, en las cuestiones relativas a sus jurisdicciones, y de manera subsidiaria respecto a la jurisdicción nacional, si un Estado ha violado un derecho garantizado por la Convención y, en tal caso, ordenando las medidas necesarias para reparar las consecuencias derivadas de esa violación.

Más allá de esta estructura común a los dos sistemas, son algunas diferencias sobresalientes que podrían incidir sobre el tema de la utilización, en la motivación de las decisiones, de citas recíprocas: *a)* el origen y la evolución histórica; *b)* el contexto de referencia y el nivel de legitimación y de aceptación de las decisiones de la Corte; *c)* la extensión de la competencia *ratione materiae*; *d)* el funcionamiento y la carga de trabajo de la Corte.

*a)* Para iniciar bajo el perfil del origen y de la evolución histórica,<sup>17</sup> es oportuno delinear que, si bien ambos sistemas tienen sus raíces en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, su desarrollo y su actuación plena tuvieron lugar en momentos temporales distintos. La evolución del sistema europeo ha sido por mucho más rápida, en cuanto tuvo ya en 1959 la instauración de la Corte, si bien, hasta la reforma efectuada con el Protocolo XI, que entró en vigor en 1998, ésta no podría ser activada sin la previa actividad de filtro de la Comisión.

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> Sobre la evolución de los dos sistemas, así como de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, véase T. Buergenthal, *Centennial Essay: The Evolving International Human Rights System*, *Am.journ.intern.Law*, 2006, p. 703.

El derecho de recurso individual (a la Comisión), que hasta 1998 era solo una opción que los Estados miembros eran libres de aceptar o no, para 1990 ya se había suscrito por todos los Estados miembros (veintidós, en ese entonces) y fue aceptado en seguida por todos los Estados de Europa central y oriental que entraron a formar parte del Consejo de Europa y de la Convención después de aquella fecha.

En el transcurso de la década de los noventa acaeció un crecimiento excepcional en el número de los Estados miembros, hasta llegar a los 47 miembros actuales, entre los que se comprenden realidades muy distintas entre sí y, en particular, por lo que hace a la cuestión del nivel de democratización y a la naturaleza de las violaciones de derechos y de libertades perpretadas.<sup>18</sup>

Del otro lado del océano, el sistema interamericano ha conocido, por su parte, un desarrollo más lento y complejo, al interior de la Organización de los Estados Americanos (OEA).<sup>19</sup> Un instrumento de garantía jurisdiccional fue previsto solo a consecuencia de la promulgación de la CADH en 1969 y la Corte, instituida en 1978, ha dictado su primer decisión en sede jurisdiccional en 1987.

Más aún, en este sistema no existe la misma correspondencia —que se encuentra en Europa— entre los Estados parte de la Convención y Estados miembros de la OEA. De hecho, únicamente 25 de ellos han ratificado la CADH<sup>20</sup> y solo 21 de ellos han aceptado la jurisdicción de la

<sup>18</sup> Esto ha tenido, por un lado, una incidencia sobre el número de los casos: en el 2011, la mayor parte de las sentencias tenía como Estados parte a Turquía (174), Rusia (133), Ucrania (105), Grecia (73), Polonia (71), Rumania (68) y Bulgaria (62). Los contenciosos relacionados a estos siete países representaban el 59% de las sentencias emitidas en el curso del año. Consúltese el reporte anual de la Corte EDH para el año 2011, en: [www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/001F2457-5173-44B0-ADC8-B6E0DEC0B134/0/2011\\_Rapport\\_Annuel\\_FR.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/001F2457-5173-44B0-ADC8-B6E0DEC0B134/0/2011_Rapport_Annuel_FR.pdf), p. 14.

<sup>19</sup> Sobre la lenta creación del sistema interamericano, véase García Ramírez, S., *The Interamerican Human Rights Jurisdiction: A Long Journey*, introduzione all'opera de L. Burgorgue-Larsen y A. Ubeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights, Case-Law and Commentary*, Oxford, 2011, p. xvii; Buergenthal, T., *Human Rights in the Americas: View from the Inter-American Court*, *Conn. J. Int'l L.*, 1987, p. 303; Shelton, D., *The Jurisprudence of the Inter American Court of Human Rights*, *Am. U. J. Int'l L. & Pol.*, 1994, p. 33; Hennebel, L., *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, 2007, pp. 15 y ss.

<sup>20</sup> Los Estados que han ratificado la Convención son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Corte.<sup>21</sup> Se trata de países de América Latina que comparten una cierta homogeneidad cultural y una cierta semejanza en el nivel de democratización y que, habiendo atravesado por procesos de transición democrática a lo largo de los años noventa, la mayor parte pueden ser catalogados entre las “nuevas democracias”.<sup>22</sup>

b) Las diferencias en el devenir histórico de las dos Cortes ayuda a comprender el diferente nivel de aceptación de sus decisiones, que repercute a su vez en sus técnicas de motivación. La Corte EDH goza, de hecho, de un consenso mucho más amplio de aquél que se puede apreciar en la Corte IDH: las resistencias ejercidas contra las decisiones de la Corte de Costa Rica han sido más frecuentes<sup>23</sup> y, si bien el rechazo de la condena *ad hoc* parece limitarse al caso de Venezuela,<sup>24</sup> la influencia sistemática de la jurisprudencia de la Corte IDH es contrariada también en otros países, como Brasil. Tales circunstancias imponen a la Corte IDH la necesidad

Trinidad y Tobago ha denunciado la Convención mediante una comunicación al Secretario general de la OEA el 26 de mayo de 1998.

<sup>21</sup> Los Estados que han admitido la competencia contenciosa de la Corte son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

<sup>22</sup> Mezzetti, L., *Transizioni costituzionali e consolidamento democratico in America Latina agli albori del XXI secolo*, DPCE, 2000, p. 29; Mezzetti, L., *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento de la democrazia en Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Turín, 2000; Hernández Valle, R. y Pérez Tremps, P. (coords.), *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*, Valencia, 2000; O'Donnell, G. et al. (coords.), *Transitions from Authoritarian Rule: Latin America*, Baltimore, 1986.

<sup>23</sup> Sobre tales resistencias, véase, por ejemplo, Binder, C., “¿Hacia una Corte constitucional de América latina? La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos con enfoque especial sobre amnistías”, en von Bogdandy, A. et al., (coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización*, vol. II, México, 2010, pp. 159 y ss., especialmente la p. 187; Sagués, N. P., *El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, cit., pp. 449 y ss.; Brewer-Carias, A. R., “La interrelación entre los tribunales constitucionales de América latina la Corte interamericana de derechos humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela”, en von Bogdandy, A. et al. (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, cit., pp. 661 y ss.; Tan, M., *Member State compliance with the judgements of the Interamerican Court of Human Rights*, *Int'l Journal of legal information*, 2005, pp. 319 y ss.

<sup>24</sup> Sobre el particular, consúltese Brewer-Carias, A. R., *La interrelación entre los tribunales constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela*, *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, 2009, p. 89.

de esforzarse escrupulosamente a volver sus decisiones persuasivas e incontestables. La Corte está, de hecho, investida con poderes decisorios importantes, que ejerce con una jurisprudencia audaz,<sup>25</sup> pero al mismo tiempo intenta hacer que sus decisiones sean aceptadas por las jurisdicciones nacionales, sobre todo cuando ellas imponen los *estándares* generales, que encuentran fundamento en una jurisprudencia que no involucra directamente al Estado en cuestión.<sup>26</sup>

c) Si es verdad, como se ha dicho, que el sistema europeo ha sido el principal modelo para la redacción de la CADH, la voluntad del sistema americano de diferenciarse para responder a las exigencias específicas del continente en cuestión fue evidente desde el principio, lo que sí ha hecho que la Convención Americana regule un número más amplio de derechos y que algunos de ellos sean más detallados. Para dar una idea, el catálogo de derechos sancionados por la CEDH se encuentra comprendido entre los artículos 2o. al 13, mientras que en la CADH el elenco de los derechos se extiende del artículo 3o. al 25.

La Convención Americana prevé ya en su redacción original no solo a los derechos civiles tradicionales, sino también el derecho de propiedad (artículo 21 de la CADH, introducido en el sistema europeo mediante el Protocolo adicional) y los derechos políticos de celebrar elecciones libres y de acceder a las funciones públicas (artículo 23 de la CADH, introducido en el sistema europeo con el Protocolo número 3). Más aún, la lista de los derechos civiles es más rica y articulada en la CADH. En particular, esta Convención sanciona el derecho a ser reconocido como persona (artículo 3o.), el derecho al nombre (artículo 18), los derechos del niño (artículo 19) y el derecho a la nacionalidad (artículo 20), además del “derecho de réplica” a las calumnias y a las difamaciones (artículo 14).

<sup>25</sup> Ya sea por el carácter progresista de sus decisiones desde el punto de vista sustancial, sea por la firmeza con la cual ha sancionado la naturaleza obligatoria del control de conformidad con la Convención. En este sentido Burgorgue Larsen, L., “El sistema Interamericano de protección de los derechos humanos: entre classicismo y creatividad”, en von Bogdandy, A. *et al.*, (coords.), *¿Integración suramericana a través del derecho?*, Madrid, 2009, p. 287 y ss.

<sup>26</sup> Para una panorámica de las diversas posiciones de las jurisdicciones nacionales en materia de estándares dictados por la jurisprudencia interamericana, véanse: Góngora Mera, M. E., *Inter-American Judicial Constitutionalism*, San José, 2011, pp. 214 y ss. (che mostra come talune corti nazionali non facciano ricorso de frequente alla jurisprudencia de la Corte Interamericana); Sagués, J. P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias recientes”, *Ius et Praxis*, 2003, p. 205.

También aquellos derechos que encuentran su homólogo correspondiente en la CEDH, entonces, aparecen más detallados en el texto americano: éste es el caso, por ejemplo, del derecho a la vida (artículo 4o., que comprende los límites expresos a la pena de muerte), de la prohibición de los malos tratos y tratos inhumanos (artículo 5o., que incluye algunos derechos de las personas en estado de detención) y también de la prohibición de la esclavitud (artículo 6o.), del derecho a la libertad personal (artículo 7o.) y a la libertad de expresión (artículo 13).

Más aún, la Convención Americana comprende también un capítulo dedicado a los derechos sociales y económicos, si bien está compuesto solo de un artículo (el 26), referente al contenido programático de éstos, cuyas disposiciones después son completadas por un Protocolo adicional (el de San Salvador, que ha sido ratificado por 16 Estados miembros hasta el día de hoy).

Por otro lado, la Corte IDH en sede jurisdiccional es competente para conocer también de violaciones de otros documentos diferentes a la CADH, en particular, de instrumentos jurídicos aplicables en los Estados miembros de la OEA.

De hecho, si bien la Corte, a la luz del artículo 62 de la CADH y del artículo 1o. de su Estatuto, está investida sólo de la competencia para conocer, en sede contenciosa,<sup>27</sup> de los recursos concernientes a la CADH,<sup>28</sup> otros tratados le han otorgado en seguida, sea de manera explícita o implícita,<sup>29</sup> la competencia contenciosa por las violaciones de sus disposiciones.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> En el ejercicio de la función consultiva, por el contrario, puede derivarse de las opiniones sobre la interpretación “de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”: artículo 64 CADU y artículo 71 de las Reglas de Procedimiento de la Corte IDH (véase [http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov\\_2009\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf)).

<sup>28</sup> A diferencia de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos que, en el sentido de su propio reglamento, se encuentra facultada para conocer de las violaciones de los derechos reconocidos no solo por la Convención, sino también por todos los documentos aplicables a los Estados miembros de la OEA: artículo 23 del Reglamento de la Comisión.

<sup>29</sup> Sobre la competencia *ratione materiae* de la Corte y para algunos ejemplos jurisprudenciales en los cuales la Corte ha admitido la extensión de su propia competencia, véase L. Hennebel, *La Convention Américaine des Droits de l'Homme, cit.*, pp. 115 y ss.; H. Tigroudja, I. K. Panoussis, *La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, 2003, pp. 76 y ss.

<sup>30</sup> Consúltense, por ejemplo, el artículo 8o. de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura y el artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

d) Finalmente, los dos sistemas divergen significativamente en cuanto a las reglas de funcionamiento y a la carga de trabajo de la que se hallan investidas las respectivas Cortes.

En la evolución del sistema CEDH, el Protocolo número 11 ha significado un verdadero parteaguas, en tanto impuso a todos los Estados parte la jurisdicción de la Corte y, sobre todo, eliminó el filtro que significaba la Comisión a la vez que introdujo la posibilidad del recurso individual frente a la Corte. Tal reforma —junto con el alargamiento geográfico de la jurisdicción— ha redundado en una multiplicación de los recursos, que ha conducido a la actual y notable situación de sobrecarga laboral.<sup>31</sup>

Al mismo tiempo, la Corte se ha convertido en permanente: está compuesta por 47 jueces —uno por cada Estado miembro—, que por ende provienen de contextos jurídicos y culturales muy diversos entre sí.

En el sistema americano, la función de “filtro” que desarrolla la Comisión todavía existe: los recursos individuales (que, a diferencia de como sucede en el sistema europeo, pueden ser sometidos no solo por la víctima de la violación, sino por cualquiera que demuestre un interés concreto, incluidos los familiares, así como por las ONG)<sup>32</sup> no pueden ser dirigidos directamente a la Corte, sino que deben pasar por la consideración de la Comisión, que tiene la tarea de activar eventualmente a la Corte (si bien la modificación del reglamento de la Comisión, efectuada en 2000, establece que ésta debe activar a la Corte, salvo en caso de decisión contraria

<sup>31</sup> A finales de 2011, más de 151 600 recursos estaban pendientes de resolución por parte de la Corte EDH. Mientras la “vieja” Corte, en la organización previa a la reforma introducida por el Protocolo número 11, había emitido menos de 1000 sentencias, la nueva Corte había pronunciado más de 14 000 antes de finalizar 2011: véase el reporte anual de la Corte EDH para el año 2011, disponible en: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/001F2457-5173-44B0-ADC8-B6E0DEC0B134/0/2011\\_Rapport\\_Annuel\\_FR.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/001F2457-5173-44B0-ADC8-B6E0DEC0B134/0/2011_Rapport_Annuel_FR.pdf), pp. 14 y 155.

Para permitir a la Corte la gestión de la ingente carga de trabajo derivado del nuevo procedimiento, se han aportado cambios estructurales importantes en la organización de la cancillería: en particular, se ha creado una sección de filtro, especialmente dedicada a examinar los recursos presentados contra los cinco Estados que representan a los acusados en la mayor parte de los casos presentados a la Corte (*ibidem*, p. 20).

<sup>32</sup> Artículo 44 de la CADH. Sobre el rol de primer plano cubierto por las ONG en el desarrollo del sistema interamericano de tutela de derechos, véase: Pinto, M., “Ngos and the Inter-American Court of Human Rights”, en Treves, T. *et al.* (coords.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, La Haya, 2005, p. 47.

adoptada por mayoría absoluta de sus miembros).<sup>33</sup> Si bien no pueden dirigirse directamente a la Corte, todavía, las presuntas víctimas, sus padres o sus representantes pueden para entonces,<sup>34</sup> presentar argumento y pruebas a la Corte, así como formar parte de las audiencias.

Además de la competencia en sede contenciosa, la Corte IDH está dotada de otras competencias, como la consultiva, por medio de la cual responde a cuestiones formuladas por los Estados miembros de la OEA o por órganos institucionales de la misma, relativas a la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados que tengan por objeto la tutela de los derechos humanos en los Estados americanos. Además, sobre la base de tal competencia, la Corte puede, a requerimiento de un Estado miembro de la OEA, emitir una opinión sobre la compatibilidad de las normas internas con los instrumentos del sistema interamericano.<sup>35</sup>

La Corte IDH no es un órgano permanente, sino que sesiona<sup>36</sup> y se conforma por solo siete jueces provenientes de los Estados miembros de la OEA (que hayan ratificado la Convención pero que no necesariamente hayan aceptado la jurisdicción de la Corte), los cuales,<sup>37</sup> a excepción de la eventual presencia de juristas anglosajones,<sup>38</sup> provienen por lo general del contexto jurídico y cultural sudamericano. Tal circunstancia no está exenta de consecuencias por cuanto concierne al sujeto en examen, si se considera la propensión de muchas jurisdicciones sudamericanas a citar fuentes extrasistémicas, incluyendo precedentes extranjeros.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> Artículo 45, co. 1, del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>34</sup> Véase Gialdino, R. E., “Le nouveau règlement de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme”, *RTDH*, 2005, p. 979.

<sup>35</sup> Para una síntesis de las competencias de la Corte IDH, véase Pelayo Moller, C. M., *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*, CNDH, México, 2011.

<sup>36</sup> El proyecto de Estatuto para la Corte preveía una corte permanente compuesta por jueces nombrados a tiempo completo, pero la Asamblea General de la OEA consideró tal propuesta muy onerosa: así lo recuerda Buergethal, T., *The Inter-american Court of Human Rights*, *Am.journ.intern.Law*, 1982, p. 231. Los jueces pueden ser convocados para las sesiones extraordinarias cada una de las veces que el presidente lo considere oportuno, pero tal opción, si bien utilizada de vez en vez, ha debido ser descartada ulteriormente por razones presupuestarias.

<sup>37</sup> La Corte asienta y dicta decisiones solamente en sesión plenaria. Además, la Convención prevé que la Corte pueda ser integrada por los jueces *ad hoc*, cuando ningún de los jueces electos provenga del Estado parte de un juicio: en tal caso, es el propio Estado en cuestión que nombra a un juez *ad hoc*.

<sup>38</sup> Éste fue el caso, por ejemplo, del juez Thomas Buergethal, que desarrolló un papel fundamental en el desarrollo de la Corte IDH entre 1979 y 1991.

<sup>39</sup> Véase García-Mansilla, M. J., “La Corte Suprema de los Estados Unidos y

En un sistema jurisdiccional que no prevé una corte permanente, el personal dependiente juega, obviamente un rol esencial, particularmente el adscrito a la cancillería.<sup>40</sup> Más aún, la Corte IDH solo puede contar con un número bastante exiguo de funcionarios: el *budget* (sic) del cual dispone no le permite contratar más de una treintena de personas,<sup>41</sup> en contraste con los cerca de 600 dependientes de la Corte EDH.<sup>42</sup>

Por lo que concierne a la carga de trabajo de cada una de las Cortes, éstas también divergen significativamente: el número de recursos remitidos a la Corte IDH en sede contenciosa permanece circunscrito (para dar una idea, 23 en el año 2011),<sup>43</sup> mientras que el número de los recursos presentados en sede consultiva suele ser aún menor (la Corte ha emitido 20 opiniones desde el inicio de su actividad).<sup>44</sup>

La Corte Interamericana es además competente para vigilar la ejecución de sus decisiones; una competencia, ésta, observada siempre con mayor interés desde el punto de vista europeo. La menor carga de trabajo de la Corte IDH implica, por lo que hace al objeto del presente estudio, que está en grado de dedicar una mayor atención a cada caso en lo individual, por lo que puede desarrollar así estudios y argumentaciones extensas y a profundidad.

su débil influencia en Iberoamerica”, en Manili, P. (coords.), *Tratado de derecho procesal constitucional*, III, Buenos Aires, 2010, p. 109; da Silva, V. A., “Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul”, en von Bogdandy, A. et al. (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, cit., p. 530; Neves, M., *Breves Considerações com Especial Referência à Experiência Latino-Americana*, cit., p. 255.

<sup>40</sup> Al contrario de la Corte, de hecho, la cancillería desarrolla sus actividades a tiempo completo en la sede de Costa Rica. El canciller, nombrado por la Corte para un mandato renovable de cinco años, encabeza la cancillería.

<sup>41</sup> Hennebel, L., *La Convention Américaine des Droits de l’Homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, cit., pp. 74 y ss.

<sup>42</sup> De acuerdo con el reporte anual de la Corte EDH para 2011, en ese año la cancillería podía contar con 658 empleados, de los que cerca de la mitad contaban con contratos a tiempo indeterminado (el reporte se encuentra disponible en: [www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/001F2457-5173-44B0-ADC8-B6E0DEC0B134/0/2011\\_Rapport\\_Annuel\\_FR.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/001F2457-5173-44B0-ADC8-B6E0DEC0B134/0/2011_Rapport_Annuel_FR.pdf), p. 20).

<sup>43</sup> Para un total de 174 recursos en sede contenciosa desde 1986 hacia finales de 2011 (se considera que cada recurso puede dar lugar a más de una decisión, en caso de que la Corte no decida al mismo tiempo sobre las excepciones preliminares, el mérito, la reparación y los gastos): véase el reporte sobre la actividad de la Corte en 2011, en: <http://www.scm.oas.org/pdfs/2012/CP28109.pdf>.

<sup>44</sup> Las opiniones emitidas por la Corte IDH en sede consultiva pueden revisarse en el sitio web de la Corte, en la sección de “Decisiones de la Corte IDH-Opiniones consultivas” (en el sitio en inglés, “Jurisprudence-Advisory opinions”).



### III. LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA: LAS CITACIONES EXPLÍCITAS EN EL PERIODO 1987-2012

#### 1. *Premisas metodológicas*

El análisis empírico aquí presentado tiene por objeto todas las sentencias emanadas de las dos Cortes en el ejercicio de su función contenciosa<sup>45</sup> a partir de 1987, año en el cual la Corte interamericana dictó su primera sentencia,<sup>46</sup> hasta el 31 de agosto de 2012.

De tal universo, se han seleccionado los fallos que contienen al menos una cita a la jurisprudencia de la otra Corte o de la Comisión del otro sistema regional.

Las decisiones examinadas se han seleccionado, en un primer momento, mediante los sistemas de búsqueda propios de los sitios web de las dos Cortes, mediante una búsqueda por palabras clave<sup>47</sup> en sus banco de datos.

Dado el exiguo número de decisiones emanadas de la Corte Interamericana, en un segundo momento se ha deseado verificar la credibilidad de los datos obtenidos a través de ese sistema, repitiendo la búsqueda por palabras clave en cada una de las decisiones.

Tal verificación ha tenido resultados muy diversos respecto a los obtenidos en la primera búsqueda, lo que nos constriñe a aceptar un cierto margen de error por lo que respecta a la Corte Europea, para la cual, a causa del elevado número de sentencias, no ha sido posible efectuar una búsqueda por palabras clave decisión por decisión.

<sup>45</sup> No tomamos en consideración, para los fines del presente trabajo, las otras competencias de la Corte IDH, en particular la función consultiva y la competencia en la adopción de medidas precautorias.

<sup>46</sup> Se trataba de un pronunciamiento sobre las excepciones preliminares únicamente, mientras la primer decisión sobre el fondo del asunto solo se dictó en 1988.

<sup>47</sup> La investigación se realizó, en lo que concierne a la jurisprudencia de la Corte EDH, sobre las bases de datos en inglés y en francés, utilizando las palabras clave “interamerican”, “inter-american” (en razón de la doble grafía que se emplea para el término en cuestión), “interaméricaine”, “interam” e “inter-am” (estas últimas, en consideración al hecho de que las citas en las notas frecuentemente se abrevian); con referencia, por su parte, a la jurisprudencia de la Corte IDH, la investigación se llevó a cabo sobre las bases de datos en inglés y en español, con las palabras clave “european”, “europeo”, “europea” y “eur”.

Una vez individualizadas las sentencias que contienen referencias a otros sistemas regionales de tutela de los derechos, se ha procedido a su análisis desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa. Mediante el análisis cuantitativo, se han tenido en cuenta las sentencias que contienen al menos una cita de la jurisprudencia de la otra Corte o de la Comisión del otro sistema regional, evidenciando la relación entre el número de decisiones que presentan al menos una cita y el número total de los fallos emitidos (figura 1), así como la tendencia a hacer referencias en perspectiva diacrónica en números absolutos (figura 2) y en porcentajes (figura 3).

Desde el punto de vista cualitativo, se ha intentado, entonces, evaluar la relevancia de las citas individuadas en un primer momento, por medio de indicadores formales, como el “lugar” de la decisión en el que se sitúa (consideraciones de hecho o de derecho; voto de la mayoría o voto individual) (figura 4 y 5), el sujeto que introdujo la cita (*rectius*, el sujeto al cual parece atribuible la introducción de la cita, a la luz de lo que se encuentra expresado en la motivación) (figura 6), la inclusión de otras referencias extrasistémicas (figura 7).

En un segundo momento, se han empleado indicadores sustanciales, con el objetivo de evaluar la influencia de la cita en la decisión (buscando, para cada cita, verificar si se trata de un argumento utilizado en la fase cognitiva o en la decisional o, inclusive, si se trata de un argumento utilizado “a contrario”).<sup>48</sup>

Tal permite ofrecer una primera descripción, si bien no exhaustiva, de la circulación explícita de la jurisprudencia entre las dos Cortes.

## 2. Análisis cuantitativo

### A. Consideraciones generales

Ya desde una primera observación del número de citaciones recíprocas, en relación con el número de decisiones emanadas en sede contenciosa, emerge netamente la importante distancia numérica entre los datos de las dos Cortes.

Entre 1987 y 2012 (hasta el 31 de agosto), la Corte IDH ha emitido 246 decisiones en sede contenciosa, 59.8% de las cuales contienen algún

<sup>48</sup> Para esta clasificación, Groppi, T. y Ponthoreau, M. C., “How to Assess the Reality of Trans-judicial Communication?”, en Groppi, T. y Ponthoreau, M. C., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit.

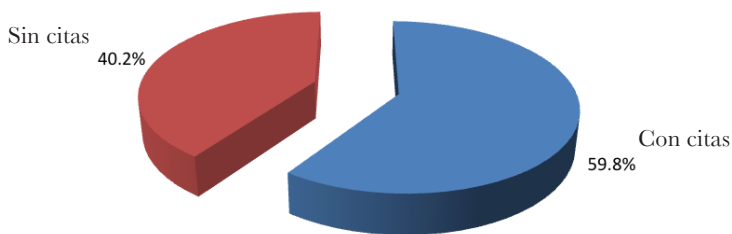
tipo de cita de la jurisprudencia de la Corte EDH o de su Comisión, para un total de 147 decisiones.

La Corte EDH, en el mismo lapso de tiempo, ha emitido, por su parte, 15 778 decisiones, pero solo en 48 de ellas (lo que equivale al 0.3% del total) es posible encontrar alguna referencia a resoluciones de la Corte o de la Comisión interamericanas.

Figura 1.

Las decisiones que contienen citas a la jurisprudencia del otro sistema

### Corte Interamericana de Derechos Humanos



### Corte Europea de Derechos Humanos



La diferencia entre los dos datos numéricos es notable, sin lugar a dudas.

Se pueden adelantar diversas hipótesis para intentar comprender el fenómeno, relacionadas, en particular, con las diferencias entre los dos sistemas en comento.

a) Antes que nada, se puede intentar explicar la diferencia a la luz de la “juventud” de la Corte IDH que, en calidad de jurisdicción de nueva for-

mación, estaría mucho más inclinada a la apertura y comparación de la jurisprudencia proveniente de una corte más antigua e influyente, de acuerdo con una praxis difundida entre las cortes constitucionales, donde tal comportamiento se ha observado con frecuencia. El análisis de la jurisprudencia de las cortes nacionales ha mostrado que, de hecho, cuando una corte comienza a dotarse de un patrimonio conspicuo de precedentes propios, disminuye el recurso a las referencias extranjeras. Para verificar tal hipótesis, es necesario examinar el dato en perspectiva diacrónica.

b) Además, se podrían avanzar otras hipótesis, relacionadas al diferente contexto en el cual actúan las dos Cortes, así como al grado de legitimación del que disponen: el hecho de que la Corte IDH encuentre una mayor resistencia y goce, en definitiva, de un menor reconocimiento al interior del propio sistema de referencia, la podría orillar a motivar sus propias decisiones de manera particularmente rica y articulada, para tratar de favorecer una mayor aceptación.

El hecho, entonces, de que el contexto en el cual ella opera haya sido marcado, durante mucho tiempo, por regímenes no democráticos, habría generado la exigencia de dirigirse más allá de los confines regionales para la individuación de los estándares de tutela. El recurso a fuentes extrasistémicas, como la jurisprudencia de la Corte EDH, sería entonces, la consecuencia, por un lado, de la elección consciente de interpretar el propio papel de corte internacional de derechos humanos de acuerdo a una perspectiva universalista y, por el otro, de una exigencia práctica de efectividad de la tutela de los derechos y de legitimación de su propia actividad: de hecho, mirar al interior de los confines de los Estados miembros del propio sistema regional habría sido poco fructuoso y, en definitiva, en modo alguno persuasivo, ya sea por las dificultades encaradas por muchos Estados en la garantía de los derechos y libertades, o por la ausencia de una circulación horizontal o de una convergencia bien establecida entre las jurisdicciones de los Estados miembros, que permite identificar un consenso jurisprudencial en torno a ciertos estándares.

El comportamiento “reticente” de la Corte EDH, a su vez, podría ser explicado a la luz de su perspectiva más regionalista, que se funda en la individuación del contenido de los derechos a partir de las concepciones que se encuentran en los ordenamientos de los Estados miembros, gracias a lo cual la Corte ha acrecentado su propia legitimación. Esta tendencia a buscar el consenso regional para la determinación de los es-

tándares comportaría para la Corte EDH una menor propensión a mirar más allá de los confines europeos.<sup>49</sup>

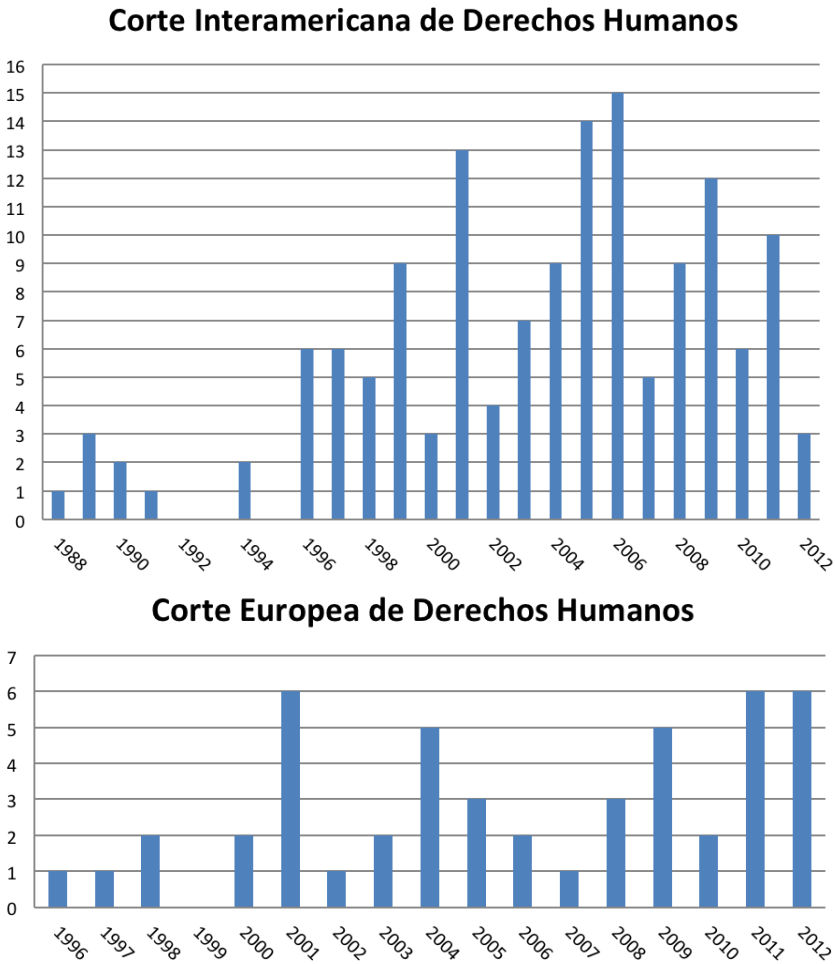
Para verificar tales hipótesis, será necesario verificar, mediante un análisis cualitativo, la presencia y la incidencia, en las motivaciones de las dos Cortes, de otros argumentos extrasistémicos, como las referencias a documentos de las Naciones Unidas, a decisiones de otras cortes internacionales o a resoluciones de cortes nacionales de países que no se encuentran bajo su jurisdicción.

El análisis que sigue, se desarrolla —de acuerdo a lo anticipado— en los planos cuantitativo y cualitativo, y buscará verificar tal hipótesis, aunque también debe tenerse en cuenta, como se ha adelantado, la influencia ejercida por las modalidades de funcionamiento y por la diversa carga de trabajo de las dos Cortes sobre el recurso a citas extrasistémicas. La organización de cada una de ellas puede, en los hechos, tener una cierta relevancia por lo que respecta al papel que desempeña la estructura administrativa en la redacción de las decisiones, a la incidencia de la formación personal de los jueces, al margen de maniobra que se deja a las partes o a otros sujetos en la introducción de los argumentos, etcétera. Todos los aspectos relevantes y significativos que, sin embargo, escapan del objetivo del presente trabajo, que permanece circunscrito al análisis jurisprudencial.

<sup>49</sup> Una Corte donde la prospectiva del “looking down” —a las soluciones y praxis de los Estados miembros— la importa sobre la prospectiva del “looking up” —a la dimensión internacional de la tutela de los derechos. Así Garlicki, L., “Conferencia introductoria: Universalism v. Regionalism? The Role of the Supranational Judicial Dialog”, en García Roca, J. *et al.* (coords.), *El diálogo...*, *cit.*, p. 27, especialmente la p. 36. Sobre esta tendencia de la Corte EDH a buscar el consenso regional a través de la comparación entre los ordenamientos de los Estados miembros se puede encontrar en los textos señalados *supra* en la nota 6.

B. *La perspectiva diacrónica*

Figura 2.  
Las referencias en una perspectiva diacrónica (en números absolutos)



Si se examinan las citas en una perspectiva diacrónica, es fácil verificar, como se señalaba en las hipótesis, que la Corte IDH ha comenzado a citar la jurisprudencia europea desde sus primeros días.

Es posible notar, empero, que antes de comenzar a ejercitar su función en sede contenciosa, la misma Corte había desarrollado ya tal praxis en la función consultiva (que no es objeto del presente análisis): entre 1982

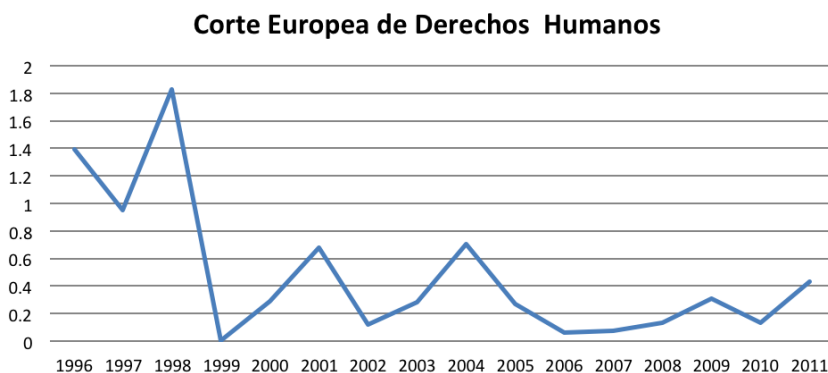
y 1987, la Corte IDH había adoptado siete opiniones consultivas, donde cada una de ellas contenía al menos una referencia al sistema europeo y —en cinco de ellas— una referencia a la jurisprudencia europea.

Una investigación empírica sobre las opiniones consultivas realizada en 2008 ha mostrado que tal praxis se mantuvo en el tiempo y que, de 19 opiniones consultivas emanadas hasta la fecha del estudio en cuestión, ocho contenían citas de la jurisprudencia de la Corte EDH.<sup>50</sup> En una opinión en materia de derechos del niño, emitida en 2002, fue posible identificar hasta 25 sentencias de la Corte EDH.<sup>51</sup>

También en sede contenciosa, al contrario de cuanto se podría esperar, tal tendencia no ha mostrado algún decrecimiento en el tiempo, ya sea considerando el número absoluto de decisiones que citan la jurisprudencia europea, sea considerando el porcentaje. Esto significa que el fenómeno estudiado no parece ser transitorio, destinado a detenerse una vez que la Corte IDH haya adquirido una mayor influencia y legitimación.

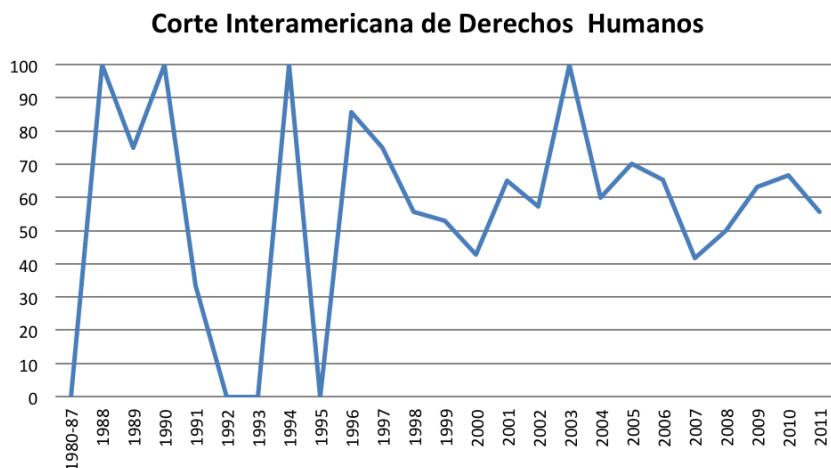
Por el contrario, el análisis de la jurisprudencia de la Corte EDH muestra que el número de citas de la otra Corte en comento es reducido y, si se mira el porcentaje sobre el número total de decisiones, casi irrelevante.

Figura 3.  
Las referencias en una perspectiva diacrónica  
(porcentaje sobre el total de las decisiones por año)



<sup>50</sup> En 2009 la Corte IDH ha emitido su vigésima opinión consultiva, en la cual no hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea.

<sup>51</sup> Corte IDH, *Opinion consultiva Condición jurídica y derechos del niño*, OC-17/02, del 28 de agosto de 2002.



No obstante, el ligero aumento del número de citas —en valores absolutos— en el curso de la primera década de este siglo amerita alguna reflexión.

Una primera explicación del fenómeno reposa en la entrada en vigor del Protocolo número 11 y el consiguiente aumento de las decisiones, que habría implicado una mayor probabilidad del recurso a las citas jurisprudenciales.

En efecto, el porcentaje, de conformidad con esta tesis, muestra que mientras el número absoluto de decisiones que contienen citas aumenta, el porcentaje disminuye.

Una explicación menos inmediata, pero quizá más interesante, hace referencia al hecho de que en esos años, mientras por un lado la Corte IDH desarrollaba una jurisprudencia propia, la Corte EDH debía conocer con mucha mayor frecuencia cuestiones concernientes a violaciones graves de derechos, sobre las cuales la jurisprudencia interamericana se revelaba como más rica y avanzada. Por ende, la Corte EDH tenía nuevas motivaciones para interesarse en la actividad de la más joven Corte Interamericana.<sup>52</sup>

<sup>52</sup> Sobre el particular, consúltese Philip-Gay, M., “La poursuite des auteurs de graves violations de droits de l’homme: une influence de la jurisprudence interaméricaine sur le système européen ?”, en Lambert Abdelgawad, E. y Martin-Chenut, K. (coords.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l’homme : la cour interaméricaine, pionnière et modèle?*, París, 2010, pp. 263 y ss.



En este punto, solo un análisis cualitativo, que examine en detalle cada una de las decisiones que contienen las citas en cuestión, puede ayudar a aclarar estos aspectos.

### 3. *Análisis cualitativo*

#### A. *Análisis formal*

El análisis cualitativo de las 48 decisiones de la Corte EDH que contienen al menos una cita a la jurisprudencia del sistema interamericano (lo que comprende tanto a los pronunciamientos de la Corte como aquéllos de la Comisión) conduce a una ulterior reducción de su relevancia para el objeto de la presente investigación: en 16 de ellas, de hecho, son solo las partes<sup>53</sup> o los sujetos que intervienen<sup>54</sup> en el caso quienes citan la jurisprudencia interamericana, y en cuatro casos la cita aparece solo en votos individuales<sup>55</sup> (figura 4).

<sup>53</sup> La referencia ha sido presentada solo por las partes en: *Akkum y otros vs. Turquía*, Ric. n. 21894/93, 24 de marzo de 2005; *Ergi vs. Turquía*, Ric. n. 66/1997/850/1057, 28 de julio de 1998; *Ertak vs. Turquía*, Ric. n. 20764/92, 9 de mayo de 2000; *Sarli vs. Turquía*, Ric. n. 24490/94, 22 de mayo de 2001; *Bersunkayeva vs. Russia*, Ric. n. 27233/03, 4 de diciembre de 2008; *Janowiec y otros vs. Russia*, Ric. n. 55508/07 e 29520/09, 16 de abril de 2012. En ninguna de estas decisiones la cita fue retomada después por la Corte en sus consideraciones; por el contrario, la cita efectuada por las partes es retomada en el caso *Kurt vs. Turquía*.

<sup>54</sup> La cita fue presentada por Amnistía Internacional (*Amnesty International*) en *Aydin vs. Turquía*, Ric. n. 57/1996/676/866, 25 de septiembre de 1997; al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) en *Timurtas vs. Turquía*, Ric. n. 23531/94, 13 de junio de 2000; a la *Northern Ireland Human Rights Commission* en: *Hugh Jordan vs. Reino Unido*, Ric. n. 24746/94, 4 de mayo de 2001, *McKerr vs. Reino Unido*, Ric. n. 28883/95, 4 de mayo de 2001, *Shanaghan vs. Reino Unido*, Ric. n. 37715/97, 4 de mayo de 2001 y *Kelly y otros vs. Reino Unido*, Ric. n. 30054/96, 4 de mayo de 2001; a la asociación Centro de Derechos Reproductivos en *Vo vs. Francia*, Ric. n. 53924/00, 8 de julio de 2004; a la asociación *Liberty and Justice* en *A. vs. Paesi Bassi*, Ric. n. 4900/06, 20 de julio de 2010; a dos ONG, Artículo XIX (*Article 19*) y *Open Society Justice Initiative*, en *Kasabova vs. Bulgaria*, Ric. n. 22385/03, 19 abril 2011; a la ONG que intervino en *Hirsi Jamaa y otros vs. Italia*, Ric. n. 27765/09, 23 de febrero de 2012. En ninguna de estas decisiones la cita fue retomada con posterioridad de manera expresa por la Corte en sus consideraciones; todavía, en el caso *Hirsi Jamaa*, la referencia de los terceros en el juicio fue retomada después por un juez que realizó una opinión disidente. En otras cinco decisiones, por el contrario, la Corte cita expresamente la jurisprudencia interamericana citada por los terceros en el juicio.

<sup>55</sup> *Angelova vs. Bulgaria*, Ric. n. 38361/97, 13 de junio de 2002; *Cicek vs. Tur-*

Al interior de los pronunciamientos en los que la Corte hace referencia expresa, entonces, únicamente en 17 casos las citas aparecen en la parte “de derecho” de la motivación, mientras en las restantes 11<sup>56</sup> las citas solo se encuentran en la parte “de hechos”, en particular, en la parte dedicada al análisis del derecho internacional relevante, sin ser después retomadas en la parte de derecho.<sup>57</sup>

Del examen de las 147 decisiones de la Corte Interamericana que hacen referencia a la jurisprudencia europea, es posible apreciar que en 17 de ellas las citas se sitúan exclusivamente en votos individuales,<sup>58</sup> en cinco,

quía, Ric. n. 25704/94, 27 de febrero de 2001; Hasan Ilhan *vs.* Turquía, Ric. n. 22494/93, 9 de noviembre de 2004; Konstantin Markin *vs.* Russia, Ric. n. 30078/06, 22 de marzo de 2012. En otras tres decisiones, donde las opiniones individuales contienen las citas, también la opinión mayoritaria hace referencia a la jurisprudencia interamericana. Se trata de los casos: Kurt *vs.* Turquía, Ric. n. 24276/94, 25 de mayo de 1998; Palomo Sanchez y otros *vs.* España, Ric. n. 28955/06, 28957/06, 28959/06 e 28964/06 12 de septiembre de 2011 e Hirsi Jamaa y otros *vs.* Italia, Ric. n. 27765/09, 23 de febrero de 2012 (en esta última, la Corte no retoma la cita en sus propias consideraciones de derecho, sino que la menciona en la parte dedicada a las observaciones de los terceros en el juicio).

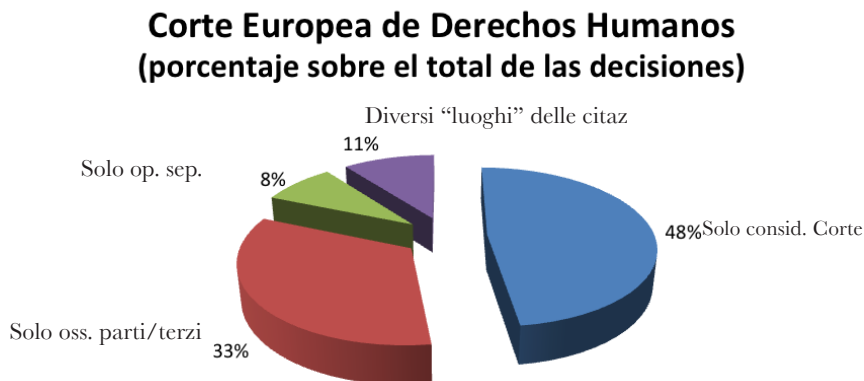
<sup>56</sup> En cuatro de ellas la Corte cita los reportes de la Comisión: G.B. *vs.* Bulgaria, Ric. n. 42346/98, 17 de marzo de 2004; Iorgov *vs.* Bulgaria, Ric. n. 40653/98, 11 de marzo de 2004; Bayatyan *vs.* Armenia, Ric. n. 23459/03, 7 de julio de 2011; Sitaropoulos y Giakoumopoulos *vs.* Grecia, Ric. n. 42202/07, 15 de marzo de 2012; en los siete restantes, se cita a la jurisprudencia de la Corte: Kurt *vs.* Turquía, Ric. n. 24276/94, 25 de mayo de 1998; Bevacqua y S. *vs.* Bulgaria, Ric. n. 71127/01, 12 de junio de 2008; Lexa *vs.* Eslovaquia, Ric. n. 54334/00, 23 de septiembre de 2008; Gafgen *vs.* Alemania, GC, Ric. n. 22978/05, 1o. de junio de 2010; Al-skeini y otros *vs.* Reino Unido, GC, Ric. n. 55721/07, 7 de julio de 2011; Portmann *vs.* Suiza, Ric. n. 38455/06, 11 de octubre de 2011; Babar Ahmad y otros *vs.* Reino Unido, Ric. n. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09, 10 de abril de 2012.

<sup>57</sup> Entre estas sentencias en las cuales la misma Corte hace referencia a la jurisprudencia interamericana, en cinco solo se han citado los reportes de la Comisión. Se trata de los casos G. B. *vs.* Bulgaria, Ric. n. 42346/98, 17 de marzo de 2004; Iorgov *vs.* Bulgaria, Ric. n. 40653/98, 11 de marzo de 2004; Sitaropoulos e Giakoumopoulos *vs.* Grecia, Ric. n. 42202/07, 15 de marzo de 2012; Bayatyan *vs.* Armenia, Ric. n. 23459/03, 7 de julio de 2011; en el primero, el principio jurisprudencial citado figura entre los argumentos de la Corte como principio de derecho internacional aplicable, mientras en los otros casos se trata de meras consideraciones de hecho sobre el derecho internacional existente.

<sup>58</sup> Además de éstas, existen otras 34 decisiones de las cuales la cita se encuentra en una opinión separada, pero allá donde la opinión mayoritaria hace referencia también a la jurisprudencia europea.

entre los argumentos presentados por la Comisión<sup>59</sup> o por los Estados involucrados en el juicio,<sup>60</sup> reportados por la Corte en la motivación, mientras que en 125 decisiones la referencia se encuentra al interior de las consideraciones de la Corte y, por lo tanto, en la motivación jurídica de la decisión (debe hacerse notar que en las motivaciones de los pronunciamientos de la Corte Interamericana no se encuentra la diferenciación explícita entre “hecho” y “derecho”, como sí se encuentra en la jurisprudencia de la Corte EDH).

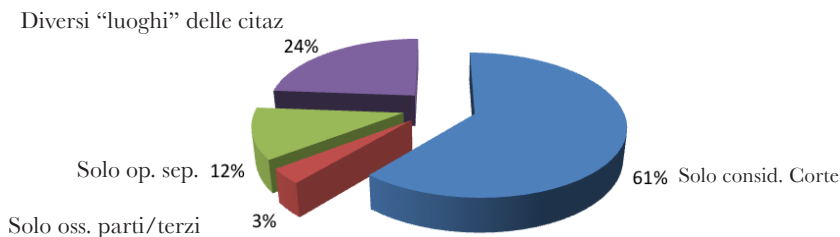
Figura 4.  
El “lugar” de las referencias, sobre el total de las decisiones que contienen citas



<sup>59</sup> La Corte retoma las citas de la jurisprudencia europea gracias a la Comisión en las siguientes sentencias: *Caballero-Delgado y Santana vs. Colombia*, 21 de enero de 1994 (Excepciones preliminares); *Gangaram-Panday vs. Suriname*, 21 de enero de 1994 (Fondo, reparaciones y costas); *Loayza-Tamayo vs. Perú*, 17 de septiembre de 1997 (Fondo); *Las Palmeras vs. Colombia*, 6 de diciembre de 2001 (Fondo). En otras 7 decisiones, por el contrario, la Corte las retoma expresamente y las adopta en sus consideraciones las citas introducidas por la Comisión.

<sup>60</sup> En una de estas decisiones, las citas se introdujeron por parte del Estado y son retomadas por la Corte en la parte en la cual se reportan las observaciones de las partes (*Grande vs. Argentina*, 31 de agosto de 2011, excepciones preliminares y fondo); en otro caso, por el contrario, la Corte hace referencia explícita a las citas presentadas por el Estado dentro de sus propias consideraciones (*El Amparo vs. Venezuela*, 14 de septiembre de 1996, reparaciones y costas).

### Corte Interamericana de Derechos Humanos (porcentaje sobre el total de las decisiones)

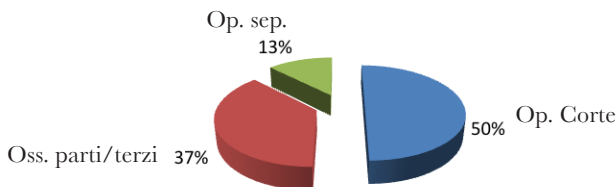


Confrontando los datos de las dos cortes por cuanto hace al lugar en el cual se encuentra la cita de la jurisprudencia del otro sistema, se puede notar que en ambos casos las citas aparecen principalmente en la opinión de la Corte, no en votos individuales, si bien, por lo que respecta a la jurisprudencia interamericana, se puede observar una tendencia más acentuada de los jueces individuales a citar la jurisprudencia europea en sus votos individuales (figura 5).

Figura 5.  
El lugar de las referencias, sobre el total de las citas

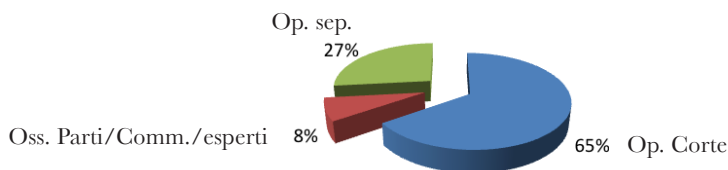
### Corte Europea de Derechos Humanos (porcentaje sobre el total de las citas\*)

\*también se toma en consideración la existencia de diversas citas en la misma decisión



## Corte Interamericana de Derechos Humanos (porcentaje sobre el total de las citas\*)

\*también se toma en consideración la existencia de diversas citas en la misma decisión



El análisis realizado no permite verificar, para cada una de las citas, el sujeto que ha introducido el argumento de derecho comparado en el juicio, a excepción del caso en el que es la Corte quien hace mención en la motivación (figura 6).<sup>61</sup>

No obstante la incompletitud de los datos disponibles sobre la introducción del argumento extrasistémico, puede ser interesante notar cómo emerge el hecho de que la Corte EDH ignora con frecuencia en la propia motivación los argumentos de las partes o de aquéllos que intervienen, que citan la jurisprudencia interamericana, mientras que en la jurisprudencia de la Corte IDH no se detecta esta discordancia.

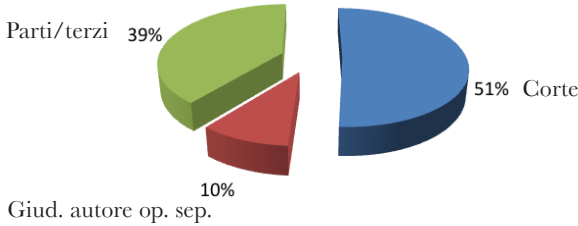
<sup>61</sup> En este modo hemos podido verificar que, por lo que respecta a la Corte IDH, de un total de 181 citas (que comprenden no solo a las 147 decisiones en las cuales aparece al menos una referencia, sino también aquéllas que aparece en un voto separado en los casos en los que otras citas se encuentran presentes en la opinión de la Corte), en relación con 122 de ellas la Corte no especifica quién es el sujeto que introdujo la referencia, así que podrá pensar que ella la ha introducido de oficio; viceversa en 11 ocasiones sabemos que es la Comisión quien ha introducido las referencias, en dos el Estado, en otras un experto requerido por la Corte. Con referencia a las opiniones disidentes, en la mayoría de los casos es el juez que redacta la opinión quien introduce las citas, para un total de 44 casos sobre 51. Por el contrario, por cuanto concierne a la Corte EDH, sobre un total de 51 referencias (contadas de acuerdo al mismo criterio), 26 de ellas parecen ser atribuibles a la Corte de oficio, cinco al juez o jueces que redactaron la opinión individual y 20 a las partes o a los terceros en el juicio.

Figura 6.

Quién introduce las citas (de aquéllas que emergen en la motivación)

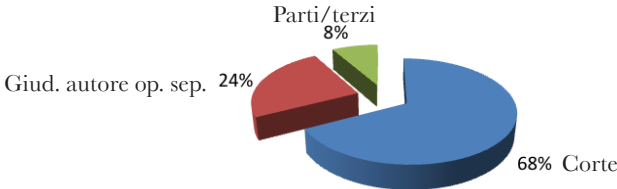
### Quién introduce las citas ante la Corte Europea

(sobre el total de las citas retomadas en las consideraciones de la Corte o en opiniones separadas)



### Quién introduce las citas ante la Corte Interamericana

(sobre el total de las citas retomadas en las consideraciones de la Corte o en opiniones separadas)



Por cuanto respecta a la relevancia de las citas individuales y su impacto efectivo sobre la decisión, desde el punto de vista formal se puede observar que la Corte EDH, en las 17 decisiones que contienen las citas en la parte “de derecho”, procede a hacer citas puntuales y detalladas, reportando a menudo pasajes enteros de los pronunciamientos en cuestión. Las citas de la jurisprudencia interamericana casi siempre van acompañadas de referencias a otros materiales provenientes de órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales, como la Corte Internacional de Justicia o el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Rara vez, como se verá en seguida, la referencia a la jurisprudencia interamericana representa la única referencia extrasistémica para la Corte EDH (figura 7), una Corte que, es oportuno recordarlo, no demuestra una extraordinaria propensión a hacer referencias a fuentes y materiales extra-

Europeos,<sup>62</sup> que prefiere casi siempre encontrar inspiración en las tradiciones jurídicas de los Estados miembros.<sup>63</sup>

Las numerosas citas de la jurisprudencia europea efectuadas por la Corte IDH, por el contrario, son más variadas: se va de la cita precisa y detallada, con varias referencias a decisiones individuales y la reproducción de párrafos enteros,<sup>64</sup> a la cita genérica a la jurisprudencia europea, sin la indicación de los extremos de alguna decisión específica o con referimientos puntuales solo en las notas a pie de página.<sup>65</sup> También esas citas vienen acompañadas frecuentemente de referencias a otras fuentes extrasistémicas, como, por ejemplo, pronunciamientos de otros órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales internacionales, pero también de jurisdicciones nacionales: la Corte IDH muestra, de hecho, una extraordinaria inclinación a mirar más allá de sus propias fronteras regionales<sup>66</sup>

<sup>62</sup> Se ha observado que la CEDH es “un instrumento más orientado hacia la exportación que hacia la importación”: Flauss, J. F., “Variations autour de l’influence extra-muros de la Convention européenne des droits de l’homme”, en Flauss, J. F. (coords.), *L’influence de la Convention européenne des droits de l’homme sur les Etats tiers*, Bruxelles, 2002, 129. Sobre la actitud de la Corte EDH de citar fuentes extrasistémicas, véase Flauss, J. F., “Du droit internationale comparé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en P. Widmer (coords.), *Le rôle du droit comparé dans la formation du droit européen*, cit., p. 159.

<sup>63</sup> P. Carozza, en relación con el recurso al derecho “comparado” por parte de la Corte EDH, utiliza la expresión “comparación interestatal”, subrayando cómo se trata de una referencia a la legislación y prácticas de los Estados miembros más que de una verdadera y propia comparación funcional a la individuación de un principio de derecho aplicable: Carozza, P. G., *Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit., pp. 1218 y 1219; además de los otros textos indicados en la nota 6, véase Miller, N., *An International Jurisprudence? The Operation of “Precedents” Across International Tribunals*, cit., p. 499, que subraya las diversas aproximaciones de la Corte EDH y de la Corte IDH en este tema.

<sup>64</sup> Por ejemplo, en *Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 de agosto de 2004; *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, 27 de noviembre de 2008; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010; *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012.

<sup>65</sup> La jurisprudencia europea se cita de manera genérica en el texto, solo con las indicaciones en las notas a pie de página de las referencias puntuales a las decisiones en cuestión, en: *La Cantuta vs. Perú*, 29 de noviembre de 2006, *Baldeón-García vs. Perú*, 6 de abril de 2006, *Anzualdo Castro vs. Perú*, 22 de septiembre de 2009, *Tristán Donoso vs. Panamá*, 27 de enero de 2009.

<sup>66</sup> Tigroudja, H., *L’autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l’homme: en marge d’arrêtés et d’avis consultatifs récents*, RTDH, 2002, p. 69; Hennebel, L.,

y, en consecuencia, a citar a las cortes constitucionales o supremas de Estados no miembros de su sistema.

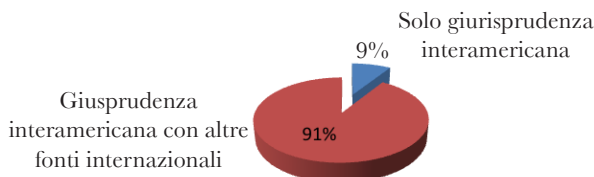
Todavía, la jurisprudencia de la Corte europea goza indubitablemente de una posición privilegiada respecto de otras fuentes externas<sup>67</sup> (figura 7), como se ha podido constatar por el número y la calidad de las citas.<sup>68</sup>

Figura 7.

Las citas de la otra Corte con o sin otras citas extrasistémicas

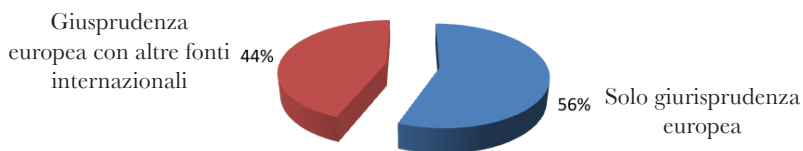
### Corte Europea de Derechos Humanos (porcentaje sobre el total de las citas\*)

\*también se toma en consideración la existencia de diversas citas en la misma decisión



### Corte Interamericana de Derechos Humanos (porcentaje sobre el total de las citas\*)

\*también se toma en consideración la existencia de diversas citas en la misma decisión



*La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés, cit.*, pp. 82 y ss.

<sup>67</sup> Lo subraya Neuman, G. L., *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, *EJIL*, 2008, p. 101, sobre el punto 109.

<sup>68</sup> Para dar sólo una idea, en la decisión *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, de febrero de 2012, la Corte cita también algunas decisiones emitidas por jurisdicciones de países miembros así como de terceros Estados como Australia, Filipinas, Sudáfrica, Canadá y los Estados Unidos, pero después fundamenta todo su razonamiento sobre la jurisprudencia de la Corte Europea, que se encuentra presente con más de 40 citas, y sobre las observaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU y de otros órganos de las Naciones Unidas.



## B. *Análisis sustancial*

Antes que nada, es posible señalar de antemano una consideración preliminar: en las decisiones examinadas, las citas de la jurisprudencia del otro sistema casi no se utilizan “*a contrario*”,<sup>69</sup> es decir, para evidenciar que se toma en cuenta otra posibilidad interpretativa que viene descartada conscientemente en la nueva resolución, en razón de las diferencias entre el propio ordenamiento y el de proveniencia de la cita: una práctica, ésta, difundida entre cortes nacionales pero que otros estudios han demostrado que se encuentra ausente al nivel de la jurisdicción internacional.<sup>70</sup>

Las citas resultan ser utilizadas prevalentemente en el momento inicial de la actividad interpretativa, es decir en la “fase cognitiva” de la interpretación,<sup>71</sup> para orientar a la misma (en tal caso, se comienza con una suerte de lista de decisiones de otras jurisdicciones, de países miembros y no miembros, para mostrar las diversas elecciones interpretativas posibles),<sup>72</sup> o resultan empleadas en función de una “comparación confrontativa” o “probatoria”, mediante la cual se pretende mostrar cómo una decisión que la Corte se apresta a adoptar sobre la base de la Con-

<sup>69</sup> Existen todavía de las excepciones, en las cuales la Corte Interamericana, después de haber citado la jurisprudencia europea en materia de reparaciones, de acuerdo a la cual una sentencia condenatoria constituye *per se* una reparación suficiente de los daños morales sufridos, ha afirmado que tales soluciones no pueden ser consideradas como satisfactorias en presencia de daños morales graves. Véanse, entre otros, *Neira-Alegría y otros vs. Perú*, 19 de septiembre de 1996; *Blake vs. Guatemala*, 22 de enero de 1999; *Paniagua-Morales y otros vs. Guatemala* (caso “White Van”), 25 de mayo de 2001; *Bámaca-Velásquez vs. Guatemala*, 22 de febrero de 2002.

<sup>70</sup> Miller, N., *An International Jurisprudence? The Operation of “Precedents” Across International Tribunals*, *cit.*, p. 499.

<sup>71</sup> En aquéllo que se ha definido como el “window-dressing approach” (*sic*), de acuerdo con el cual la Corte hace amplias referencias a fuentes extrasistémicas sólo para demostrar su vasto conocimiento del derecho comparado e internacional (como L. Garlicki, *Conferencia introductoria: Universalism v. Regionalism? The role of the supranational judicial dialog*, *cit.*, p. 56), pero más bien se trata de un uso de la comparación en la fase cognitiva de la interpretación, que no entra en la fase decisional: Pfersmann, O., “Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaitre. L’interprétation de la constitution”, en Mélin-Soucramanien, F. (coord.), *L’interprétation constitutionnelle*, *cit.*, p. 146.

<sup>72</sup> Esto, por otra parte, algunas veces da lugar a exposiciones cognoscitivas que comprenden ordenamientos tan variados que su utilidad “resulta del todo incomprendible”, como observa G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, 8a. ed., Padova, 2011, p. 67.

vención ha sido tomada, también, por otras cortes, internacionales o nacionales.<sup>73</sup>

Esta última categoría, que comprende las decisiones en las cuales el argumento extrasistémico contribuye efectivamente a la conformación de la decisión, será el objeto del análisis cualitativo que se proseguirá a continuación, en el cual serán examinadas más a detalle algunas de las decisiones referidas, que tienen por objeto las materias en las cuales puede reconocerse una cierta reciprocidad de las citas. Para poner cualquier ejemplo significativo, se ha elegido, de hecho, abordar los ámbitos en los cuales las referencias recíprocas son más recurrentes, como el debido proceso, la definición de los tratos inhumanos y degradantes, así como de violaciones graves (en particular las ligadas al fenómeno de desapariciones forzadas), y la libertad de expresión.

En muchos otros ámbitos, se encuentra, más que otra cosa, una influencia “en sentido único” de la Corte Europea sobre la Corte Interamericana. Esto ha sucedido, por ejemplo, en materia de criterios interpretativos,<sup>74</sup> donde la influencia de la Corte EDH sobre su homóloga interamericana ha dado lugar al desarrollo de criterios interpretativos específicos propios del derecho de los derechos humanos, los cuales se

<sup>73</sup> Esta utilización “confortativa” de la cita de los precedentes de la otra Corte puede ser definido como una forma de comunicación judicial fundada sobre la “empatía”, allá donde el recurrir al precedente extrasistémico no representa un mero ejemplo de derecho comparado, sino una referencia interpretativa dotada de gran eficacia persuasiva gracias a la convicción de que existe una base común (*common ground*) entre el ordenamiento en el cual se ha adoptado la decisión y el ordenamiento en el cual se cita. Sobre tal clasificación, Walker, N., “Beyond Boundaries Disputes and Basic Grid: Mapping the Global Disorders of Normative Orders”, *Int'l J. Const. L.*, 2008, p. 373.

<sup>74</sup> Puede recordarse, como ejemplo, la doctrina del efecto útil, retomada en la sentencia *Ivcher-Bronstein vs. Perú*, 24 de septiembre de 1999, par. 45 que cita a su vez la de *Soering vs. Reino Unido*, 26 de enero de 1989, par. 87, o aquella de la interpretación evolutiva de la Convención, citada en *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, 15 de septiembre de 2005, par. 106, que cita a *Tyrer vs. Reino Unido*, 25 de abril de 1978, par. 31. La Comisión Interamericana no ha adoptado, por el contrario, la doctrina del margen de apreciación (que ha desechado, últimamente, en *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, par. 34 y 35 y en *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* del 28 de noviembre de 2012, par. 316), aunque admite un cierto nivel de discrecionalidad estatal por lo que respecta a la disciplina del electorado activo y pasivo, “a la luz de la evolución del país concernido” (véase *Castañeda Gutman vs. México*, 6 de agosto de 2008, par. 165). Consúltense también F. Ni Aolain, *The Emergence Of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence*, *Fordham Int'l J.*, 1995, pp. 126 y ss.; M. A. Benavides Casals, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, 2009, p. 295.

distancian parcialmente de los criterios codificados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>75</sup>

En el tema del debido proceso, la Corte IDH ha inspirado sin mayor preámbulo la propia jurisprudencia en aquella europea,<sup>76</sup> sobre todo en lo referente a la duración razonable del proceso,<sup>77</sup> pero también a la imparcialidad de los jueces garantizada mediante oportunos procedimientos de nominación<sup>78</sup> y al derecho del procesado de conocer los hechos por los cuales se encuentra vinculado a proceso.<sup>79</sup>

Todavía, la Corte Interamericana ha desarrollado ulteriormente en seguida la interpretación de tales garantías procesales, afirmando, por ejemplo, que su respeto es más esencial cuando el procedimiento prevé la posibilidad de aplicación de la pena de muerte y, entonces, se encuentra en juego la vida humana misma.<sup>80</sup> Esto ha hecho que también la Corte Europea haya citado recientemente esta jurisprudencia sobre la absoluta

<sup>75</sup> Cançado Trindade, A. A., “La interpretación des tratados en el derecho internacional y la especificidad de los tratados de derechos humanos”, en Drnas de Clément, Z. (coords.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al Prof. E. J. Rey Caro*, Córdoba, 2003, p. 747; Killander, M., *Interpreting Regional Human Rights Treaties*, *International Journal of Human Rights*, 2010, p. 145. Finalmente, véase, Cançado Trindade, A. A. y Callisch, L., *Les Conventions Américaine et Européenne des Droits de l’Homme et le Droit International Général*, *cit.*, donde los autores subrayan cómo los diversos criterios de interpretación propios del derecho de los derechos humanos encuentran de cualquier manera un fundamento en la Convención de Viena.

<sup>76</sup> Véanse, entre otras, las decisiones Suárez-Rosero *vs.* Ecuador, 12 de noviembre de 1997; Villagrán-Morales y otros *vs.* Guatemala (caso “Niños de la Calle”), 19 de noviembre de 1999; Corte Constitucional *vs.* Perú, 31 de enero de 2001; Lori Berenson-Mejía *vs.* Perú, 25 de noviembre de 2004; Fermín Ramírez *vs.* Guatemala, 20 de junio de 2005; Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, 26 de noviembre de 2010; Palamara-Iribarne *vs.* Chile, 22 de noviembre de 2005; Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia, 31 de enero de 2006; La Cantuta *vs.* Perú, 29 de noviembre de 2006; Acevedo Buendía y otros *vs.* Perú (caso “Cesantes y jubilados de la Contraloría”), 1o. de julio de 2009; Barbani Duarte y otros *vs.* Uruguay, 13 de octubre de 2011.

<sup>77</sup> A partir de la decisión Genie-Lacayo *vs.* Nicaragua, 29 de enero de 1997.

<sup>78</sup> Corte Constitucional *vs.* Perú, 31 de enero de 2001.

<sup>79</sup> Fermín Ramírez *vs.* Guatemala, 20 de junio de 2005.

<sup>80</sup> En relación con la importancia de las garantías del debido proceso y del recurso efectivo en los procedimientos que prevén la condena a muerte, en la decisión Hilaire, Constantine y Benjamín y otros *vs.* Trinidad y Tobago, la Corte Interamericana ha observado que “[t]omando en cuenta la naturaleza excepcionalmente grave e irreparable de la pena de muerte, la observancia del debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, es aún más importante cuando se halle en juego la vida humana” (Hilaire, Constantine y Benjamín y otros *vs.* Trinidad y Tobago, 21 de junio de 2002, par. 148).

inderogabilidad de las reglas del debido proceso cuando esté prevista la conmutabilidad de la pena capital. Por ejemplo, en la primera sentencia del caso *Ocalan*, dictada en 2003, la Corte ha afirmado la esencialidad de las garantías del debido proceso, en cuanto “siendo irreversible la ejecución de la pena capital, solo mediante la aplicación de tal norma es posible evitar una muerte arbitraria e ilegal”.<sup>81</sup> La Corte remite, con la enunciación de tal principio, a una resolución del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, más que a la opinión consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana y al fallo del caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. La misma argumentación, así como la misma cita, fueron retomadas por la Gran Cámara en su sentencia de 2005.<sup>82</sup>

La jurisprudencia interamericana fue citada con posterioridad por la Corte Europea en materia de imparcialidad de los tribunales militares. En el caso *Ergin vs. Turquía* la Corte, al juzgar sobre la violación del derecho al debido proceso de un civil juzgado por un tribunal militar, ha citado las consideraciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el derecho comparado en ese tema, así como la “jurisprudencia [de la Corte Interamericana] que excluye los civiles de la jurisdicción de los tribunales militares”, añadiendo a la conclusión que “sobre la base... en particular de la situación a nivel internacional observada... se puede apreciar que han sido objetivamente fundadas las dudas del recurrente sobre la independencia e imparcialidad de esta jurisdicción”.<sup>83</sup>

Otra materia de influencia recíproca que se ha revelado es aquélla de la definición de “tratos inhumanos y degradantes”.

En un primer momento, la Corte Europea comenzó a influenciar la jurisprudencia interamericana que, en el caso *Loayza-Tamayo vs. Perú* de 1997, ha tomado la lectura interpretativa de acuerdo a la cual los actos de violencia psicológica ejercitados en el transcurso de un interrogatorio pueden formar parte de la noción de tratamiento inhumano y degradante, particularmente grave cuando la víctima ha sido detenida arbitrariamente.<sup>84</sup> En una decisión posterior, emitida contra el Estado peruano, la Corte Interamericana ha afirmado después que la prohibición de tortura no puede ser derogado nunca, sin importar el peligro que

<sup>81</sup> *Ocalan vs. Turquía*, 12 de marzo de 2003, par. 203. Traducción propia.

<sup>82</sup> *Ocalan vs. Turquía*, GC, 12 de mayo de 2005.

<sup>83</sup> *Ergin vs. Turquía*, 4 de mayo de 2006, par. 25 y 54. Traducción propia.

<sup>84</sup> *Loayza-Tamayo vs. Perú*, 17 de septiembre de 1997, par. 57. En particular, se citan las sentencias de los casos *Irlanda vs. Reino Unido*, 18 de enero de 1978, y *Ribitsch vs. Austria*, 4 de diciembre de 1995.

amenaza a la nación,<sup>85</sup> refiriéndose en particular a la decisión Irlanda *vs.* Reino Unido, ya citada en el caso Loayza-Tamayo.

También la Corte Europea comienza a su vez a mirar a la jurisprudencia interamericana en materia de prohibición de tratos inhumanos y degradantes y de otras violaciones graves cuando, a partir de los años noventa, se encuentra cada vez con más frecuencia, frente a recursos que tienen por objeto violaciones sistemáticas, como detenciones arbitrarias, ejecuciones ilegales y desapariciones forzadas.

La influencia de la jurisprudencia interamericana en la europea en este ámbito parece, todavía, desde el punto de vista numérico, menos relevante de lo que se habría podido esperar. Es notable, por ejemplo, que nunca se citen las decisiones sobresalientes de la Corte IDH que afirman el derecho de las víctimas a constatar el castigo de los culpables de las violaciones de derechos humanos,<sup>86</sup> ni las que establecen que la garantía del “derecho a la verdad” representa una forma importante de reparación.<sup>87</sup>

Aún en ausencia de una masa conspicua de referencias recíprocas, las dos Cortes han mostrado en el transcurso de los años una creciente convergencia en la aproximación que tienen respecto de tales violaciones, sin que la Corte EDH haga expresamente mención a las decisiones de la Corte IDH.<sup>88</sup>

El primer caso en el cual la Corte Europea se ocupa de desapariciones forzadas es Kurt *vs.* Turquía.<sup>89</sup> En su motivación, la Corte solo hace referencia en sus propias consideraciones de hecho a la jurisprudencia interamericana en la materia —representada especialmente por el *leading case* sobre la calificación de las desapariciones forzadas, que es Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras—, pero no hace alguna referencia expresa en sus propias argumentaciones en derecho, concluyendo en el sentido de que la violación alegada constituye una violación de la libertad personal, sin aplicar la presunción de la muerte de la persona desaparecida, que había sido introducida, por el contrario, en la jurisprudencia interamericana.

Como resultado, la jurisprudencia europea se aproxima siempre más a los estándares dictados en aquella americana por cuanto hace a la califica-

<sup>85</sup> Cantoral-Benavides *vs.* Perú, 18 de agosto de 2000, par. 89.

<sup>86</sup> Como, por ejemplo, Bámaca Velásquez, del 21 de julio de 1989, o Durand y Ugarte, del 3 de diciembre de 2001. Véase Philip-Gay, M., *La poursuite des...*, *cit.*, p. 267.

<sup>87</sup> Como, por ejemplo, Carpio Nicole *vs.* Guatemala, del 22 de noviembre de 2004.

<sup>88</sup> Fernández, E., “Nuevos retos para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la jurisprudencia sobre desapariciones forzadas”, *Persona y Derecho*, 2009, p. 195.

<sup>89</sup> Kurt *vs.* Turquía, Ric. n. 24276/94, 25 de mayo de 1998.

ción de las desapariciones forzadas continuas y complejas, que comportan la violación de múltiples derechos humanos, si bien las referencias explícitas a las decisiones de la Corte Interamericana siguen siendo raras.<sup>90</sup>

Por ejemplo, en el caso *Timurtas vs. Turquía*,<sup>91</sup> la Corte Europea asume la presunción de muerte en detención de la persona desaparecida, en consideración de “la situación general existente en el Sureste de Turquía en 1993”, con un razonamiento similar a aquel desarrollado en la jurisprudencia interamericana, que ha sido todavía retomada solo en las observaciones de una ONG interviniente.<sup>92</sup>

Esta convergencia, sobre todo en la calificación de las desapariciones forzadas como violaciones continuas y en las consecuencias que de ellas derivan en términos de justiciabilidad, emerge enseguida netamente en *Varnava y otros vs. Turquía*.<sup>93</sup>

En esta decisión la Corte Europea, después de haber citado la jurisprudencia interamericana en la materia, con citas puntuales y profundizadas, afirma su competencia para estatuir sobre la violación de la obligación de indagar sobre las violaciones al derecho a la vida, que constituye una obligación autónoma y continuada,<sup>94</sup> incluso por hechos de desapariciones producidos antes de la aceptación de la jurisdicción de la Corte por parte del Estado.<sup>95</sup>

La Corte toma en consideración, entonces, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Comité de Derechos Humanos de la

<sup>90</sup> Por ejemplo, en el caso *Ertak vs. Turquía*, Ric. n. 20764/92, 9 de mayo de 2000, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es citada por los recurrentes; en *Cicek vs. Turquía*, Ric. n. 25704/94, 27 de febrero de 2001 la cita aparece entre las observaciones de los que intervienen en una opinión concurrente.

<sup>91</sup> *Timurtas vs. Turquía*, Ric. n. 23531/94, 13 de junio de 2000.

<sup>92</sup> Se trata del Centro por la Justicia Internacional (CEJIL).

<sup>93</sup> *Varnava y otros vs. Turquía*, Ric. n. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 e 16073/90, 18 de septiembre de 2009.

<sup>94</sup> Como se había dicho ya, también ahora citando la jurisprudencia interamericana en materia de desapariciones forzadas, en un caso concerniente a la muerte de una persona a raíz de una negligencia médica: *Silih vs. Slovenia*, Ric. n. 71463/01, 9 de abril de 2009.

<sup>95</sup> Más aún, los jueces hacen referencia a diversas decisiones en las que la Comisión Interamericana había reconocido su competencia para conocer de violaciones perpetradas con anterioridad a la aceptación de la jurisdicción de la Corte misma por parte del Estado: *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, *Godínez Cruz vs. Honduras*, 20 de enero de 1989, *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, 23 de noviembre de 2004, *Comunidad de Moiwana vs. Suriname*, 15 de junio de 2005.

ONU, a las cuales hace referencia, la naturaleza compleja y continuada de las violaciones de los derechos humanos derivados de las desapariciones forzadas.<sup>96</sup>

La convergencia entre las diversas jurisprudencias internacionales en este punto ha sido evidenciada enseguida por la Corte Interamericana en *Anzualdo Castro vs. Perú*, en la cual la Corte, tras haber recordado que la calificación de tales violaciones ha tomado fuerza en sus propias decisiones, observa que “la jurisprudencia de órganos de Naciones Unidas, así como del Sistema Europeo de Derechos Humanos, coincide con esta caracterización, al igual que varias Cortes Constitucionales de los Estados americanos”.<sup>97</sup> Más recientemente, la Corte Europea ha citado la jurisprudencia interamericana también en materia de clasificación de algunos tratamientos de los detenidos a la manera de tratamientos inhumanos y degradantes contrarios a la Convención. Esto se ha verificado en la sentencia *Zontul vs. Grecia*,<sup>98</sup> en la cual la Corte ha afirmado que una cierta conducta sufrida por el recurrente constituye un acto de tortura, citando, entre otras, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y, en particular, la sentencia *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*.<sup>99</sup>

Una cierta interacción entre las dos Cortes ha involucrado incluso —lo que podría desatar una cierta sorpresa— la libertad de expresión, ámbito en el cual la Corte Europea, a partir de la sentencia *Sunday Times vs. Reino Unido*, ha tradicionalmente reconocido un amplio margen de apreciación a los Estados, adoptando una aproximación fuertemente regionalística en la determinación de los estándares de protección. No obstante, mientras la Corte Interamericana ha recurrido ampliamente a la jurisprudencia europea en la interpretación de las restricciones admisibles a la libertad de expresión en una sociedad democrática —entre 1985 y 1986 en opiniones consultivas, y a partir de 2001, también en

<sup>96</sup> *Varnava y otros vs. Turquía*, Ric. n. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, 18 de septiembre de 2009.

<sup>97</sup> *Anzualdo Castro vs. Perú*, 22 de septiembre de 2009, par. 61. Véanse también *Gomes Lund y otros vs. Brasil* (caso “Guerrilha Do Araguaia”), 24 de noviembre de 2010 e *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 1o. de septiembre de 2010.

<sup>98</sup> *Zontul vs. Grecia*, Ric. n. 12294/07, 17 de enero de 2012.

<sup>99</sup> *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 25 de noviembre de 2006. Por otra parte, ya con anterioridad, la Corte había citado la jurisprudencia interamericana sobre la cualificación de algunos tratamientos sobre los prisioneros como tortura, pero sólo en las consideraciones de hecho: véanse *Gäfgen vs. Alemania*, Ric. n. 22978/05, GC, 1o. de junio de 2010; *Portmann vs. Suiza*, Ric. n. 38455/06, 11 de octubre de 2011.

casos jurisdiccionales—,<sup>100</sup> también la Corte Europea ha citado en fecha reciente dos veces la jurisprudencia interamericana en materia de libertad de expresión.

En el caso *Stoll vs. Suiza*, la Corte cita dentro de sus propias consideraciones de hecho los argumentos señalados por la Comisión y por la Corte Interamericana en *Claude Reyes y otros vs. Chile*,<sup>101</sup> más que las observaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre una ley del Reino Unido sobre la responsabilidad de los periodistas, aplicando después al caso concreto los principios deducidos de tales fuentes.

La Corte, después de haber subrayado que “la libertad de prensa se vuelve más importante en las circunstancias en las cuales la actividad y las decisiones del Estado, en razón de su naturaleza confidencial o secreta, escapan al control democrático o judicial” y que “la condena de un periodista por la divulgación de información confidencial o secreta amenaza con disuadir a los profesionales de los medios de comunicación de informar al público sobre cuestiones de interés general”, lo que hace “perder a la prensa su rol indispensable de «perro guardián»”, observa que “en el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha observado que la divulgación de información que se encuentra e manos del Estado juega un rol de importancia capital en una sociedad democrática, dado que permite a la sociedad civil controlar las actividades del gobierno”, citando así las observaciones de la Comisión, compartidas también por la Corte interamericana en el caso *Claude Reyes*.<sup>102</sup>

Ahora, en el caso *Palomo-Sánchez*, que tiene por objeto la violación de la libertad de expresión de algunos trabajadores dependientes, afiliados a un sindicato, que habían sido despedidos después de pegar —sobre los muros del lugar de trabajo— un dibujo y dos artículos considerados ofensivos por parte del empleador, la Corte EDH, citando su propia jurisprudencia sobre la cualidad de imprescindible de la libertad de expresión en una sociedad democrática, reproduce al principio ya sancionado por la Corte IDH de acuerdo al cual la libertad de expresión es “una condición *sine qua non* para el desarrollo... de los sindicatos”.<sup>103</sup>

<sup>100</sup> *Olmedo-Bustos y otros vs. Chile* (caso “La última tentación de Cristo”), 5 de febrero de 2001; *Ivcher-Bronstein vs. Perú*, 6 de febrero de 2001; *Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 de agosto de 2004; *Kimel vs. Argentina*, 2 de mayo de 2008; *Fontvecchia y D’amico vs. Argentina*, 29 de noviembre de 2011; *Usón Ramírez vs. Venezuela*, 20 de noviembre de 2009.

<sup>101</sup> *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 de septiembre de 2006.

<sup>102</sup> *Stoll vs. Suiza*, rec. n. 69698/01, 10 de diciembre de 2007.

<sup>103</sup> *Palomo Sánchez y otros vs. España*, Ric. n. 28955/06, 28957/06, 28959/06



No obstante, en el caso concreto en examen, la Corte establece que la terminación de la relación laboral se constituyó en una sanción proporcionada a la conducta de los trabajadores y, por lo tanto, legítima.

La atención recíproca mostrada por las dos Cortes en lo que se refiere a las limitaciones a la libertad de expresión podría señalar el inicio de un verdadero diálogo para la determinación de estándares internacionales sobre este tema, pero tal conclusión parece aún prematura, y requerirá el monitoreo de desarrollos futuros para confirmarla o desmentirla.<sup>104</sup>

Anticipando parcialmente las conclusiones, podremos entonces notar que la influencia “en un solo sentido” de una Corte sobre la otra se ha convertido en una suerte de “interacción”, en consecuencia, de dos mutaciones de contexto que han afectados a las dos Cortes: por un lado, la Corte EDH en las postrimerías del alargamiento del Consejo de Europa y la consecuente extensión de su propia jurisdicción a regímenes democráticos jóvenes, ha debido conocer una cantidad importante de cuestiones relacionadas a *gross violations* de derechos humanos; por el otro, la Corte IDH, que se encontraba gradualmente a ocuparse, al interior de su propio ordenamiento, de democracias más estables, ha comenzado a ocuparse también de cuestiones más propias de un sistema democrático, que no se relacionan solo con los así llamados “*core rights*”. Esta “segunda generación del contencioso de los derechos humanos”<sup>105</sup> en el sistema interamericano puede ofrecer nuevos estímulos a las relaciones entre las dos Cortes.

#### IV. EN CONCLUSIÓN: LAS CORTES REGIONALES ENTRE UNIVERSALISMO Y PARTICULARISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El análisis del cual se han propuesto los resultados del presente texto muestra claramente que por muchos años la relación entre las dos Cortes se ha

y 28964/06, par. 56, donde se cita la opinión consultiva de la Corte Interamericana OC-5/85193.

<sup>104</sup> Bertoni, E. A., “The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a Dialogue on Freedom of Expression Standards”, *EHRLR*, 2009, pp. 332 y ss.; Eguiguren Praeli, F. J. *et al.*, “Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo”, en García Roca, J. *et al.* (coords.), *El Diálogo...*, *cit.*, pp. 185 y ss.

<sup>105</sup> Tigroudja, H. *et al.*, *La Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, *cit.*, pp. 10 y ss.

articulado en torno a la influencia ejercida por la Corte EDH sobre su homóloga americana.

La Corte IDH ha comenzado desde el inicio de la propia actividad a citar la jurisprudencia europea en el ejercicio primero de su función consultiva y después de su función jurisdiccional.

Tal tendencia, y éste es el dato que puede desatar mayor interés, no parece disminuir en el tiempo, como se demuestra sea en el número de las decisiones que contienen al menos una cita, sea en el porcentaje, leído en clave diacrónica. Esto sugiere que la atención de la Corte IDH hacia la jurisprudencia europea no representa un fenómeno contingente, destinado a retrotraerse una vez que la misma Corte termine de recabar un mayor grado de aceptación y de influencia, sino un elemento estructural, hijo de una concepción de los derechos reconocidos por la Convención como derechos universales más que de alcance únicamente regional.

En efecto, como se ha evidenciado ya, las numerosas referencias a la jurisprudencia europea son frecuentemente, si bien no necesariamente, acompañadas por otras referencias a elementos extrasistémicos, como actos o decisiones de otros órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales internacionales, que dan testimonio de una acentuada propensión de la Corte Interamericana a mirar más allá de los confines de su propio sistema de referencia. La utilización de las fuentes extrasistémicas operadas por la Corte siempre se ha caracterizado por el principio de la máxima tutela, así que ella toma de cada ordenamiento citado solo los elementos que protegen en mayor medida a los derechos, en una suerte de *cherry-picking*, sobre la base de la cláusula más favorable como criterio interpretativo general.<sup>106</sup> Sin embargo, se observa que la jurisprudencia europea asume, en este cuadro, una posición privilegiada entre todas las fuentes externas consideradas por la Corte, como se desprende del número y de la calidad de las citas que le conciernen.

En la Corte Europea comienza a registrarse un cambio a partir de la primera década de este siglo, cuando esta empieza a insertar unas citas esporádicas de la jurisprudencia de la otra Corte también en la parte de derecho de sus propias motivaciones.

En los últimos años, la Corte EDH se vio obligada con mayor frecuencia a decidir sobre cuestiones concernientes a violaciones graves de derechos humanos, un ámbito en el cual Corte Interamericana había adquirido un patrimonio de precedentes más rico y avanzado. Por esta razón, la

<sup>106</sup> Hennebel, L., “La Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme: entre Universalisme et Particularisme”, en Hennebel, L. y Tigroudja, H. (coords.), *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme*, París, 2009, pp. 75 y ss., especialmente la p. 117.

Corte Europea tenía nuevas razones para interesarse en la actividad de su homóloga más joven. En efecto, la jurisprudencia interamericana es citada ampliamente en el ámbito del debido proceso, de los tratos inhumanos y degradantes y de otras violaciones graves, especialmente en los casos contra Rusia o Turquía.

En tales decisiones, las citas de la jurisprudencia de la otra Corte son casi siempre acompañadas por referencias a otras fuentes extrasistémicas, particularmente aquellas provenientes de la Corte Internacional de Justicia o del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Raramente la jurisprudencia interamericana representa la única referencia externa a la que recurre la Corte Europea. Una Corte, que, vale la pena recordar, suele encontrar sus propias referencias en las jurisprudencias y tradiciones jurídicas de los Estados miembros de su jurisdicción más que en los ordenamientos externos al propio sistema regional.

Más aún, por cuanto la Corte Europea no recurre con frecuencia a citas explícitas de la jurisprudencia interamericana, las influencias implícitas son notables, ya que en muchos ámbitos es apreciable una verdadera y propia convergencia interpretativa entre las jurisprudencias de las dos Cortes.

Por otra parte, el contexto en el cual opera la Corte IDH se encuentra en una rápida transformación: las *gross violations* no constituyen ya la regla en el continente latinoamericano, así que la Corte está llamada casi siempre a pronunciarse sobre cuestiones concernientes a la definición y el estándar de tutela de derechos diversos a los *core rights*. Tal mutación ha traído consigo el auge del debate sobre la necesidad de introducir en el sistema interamericano un instrumento análogo al margen de apreciación, que imponga el tener en una cierta consideración el consenso regional en la determinación de los estándares (por ejemplo, solicitado por el gobierno de Chile en el caso de la garantía de la custodia al progenitor homosexual).

En la dialéctica entre universalismo y particularismo de los derechos humanos las cortes regionales se encuentran en una posición privilegiada, propiamente sobre la línea de demarcación entre la universalidad de los derechos y la valorización de sus especificaciones en el área de referencia.

Las dos Cortes examinadas han asumido hasta ahora una aproximación diversa respecto a tales posiciones, en consecuencia, también, de los diferentes contextos en los cuales deben operar: más volcada al universalismo una, más atenta a salvaguardar una cierta dosis de diversidad y pluralismo la otra.

Pero cuanto más cambia el contexto político y social en el cual las dos Cortes se colocan, cuanto más ellas son llamadas a una evolución, que podrá ser tanto más fructuosa si logran dialogar en mayor medida, no sólo a través de las citas recíprocas, si no también mediante la ulterior promoción de relaciones y encuentros entre personas: en cuanto “intermediarias” entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos nacionales, ellas tienen en sus manos la posibilidad de encontrar el tan auspiciado balance que evite que la armonización degeneren en homogeneización.

*Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional. Tomo IV. Volumen 1*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 5 de enero de 2015 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial S. A. de C. V. Municipio Libre 175-A, col. Portales, delegación Benito Juárez, 03300 México, D. F. Se utilizó Baskerville de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural de 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 300 kilos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).