

Homenaje a Jean-Claude Colliard

Tomo II



TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación

**Homenaje a
Jean-Claude Colliard**

Editorial ТЕРЖ

Homenaje a Jean-Claude Colliard

Tomo II



T I LELECTORAL
d I Federac

México, 2016

342.7916 J888e t. II La justicia electoral mexicana en el foro internacional. El TEPJF en la Comisión de Venecia. Homenaje a Jean-Claude Colliard, tomo II / Marcela Bravo Ahuja [y otros dieciocho]; prólogo Constancio Carrasco Daza ; coordinación Manuel González Oropeza, Janine Madeline Otálora Malassis y Dong Nguyen Huu,. -- Primera edición. -- México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.

331 páginas ; 25 cm.

ISBN 978-607-708-303-0 Obra completa.

1. Colliard, Jean-Claude, (1946-2014) -- Homenaje Póstumo. 2. Justicia Constitucional. 3. Derecho. 4. Ciencia Política. 5. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México). 6. Comisión de Venecia. I. Carrasco Daza, Constancio, prologuista. II. González Oropeza, Manuel, coordinador. III. Otálora Malassis, Janine Madeline, coordinadora. IV. Nguyen Huu, Dong, coordinador. V. Título.

Homenaje a Jean-Claude Colliard
Tomo II

Primera edición 2016.

D.R. © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero núm. 5000, colonia CTM Culhuacán,
CP 04480, delegación Coyoacán, Ciudad de México.
Teléfonos 5728-2300 y 5728-2400.

www.te.gob.mx
editorial@te.gob.mx

Edición: Coordinación de Comunicación Social.
Coordinación: Manuel González Oropeza,
Janine M. Otálora Malassis y Dong Nguyen Huu.

ISBN 978-607-708-303-0 Obra completa.

Impreso en México.

Directorio

Sala Superior

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Presidente

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Salvador O. Nava Gomar

Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Comité Académico y Editorial

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Presidente

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Salvador O. Nava Gomar

Dr. Álvaro Arreola Ayala

Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Dr. Pedro Salazar Ugarte

Dra. Elisa Speckman Guerra

Dr. Carlos Báez Silva

Lic. Ricardo Barraza Gómez

Secretarios Técnicos

Índice

Prólogo	15
<i>Constancio Carrasco Daza</i>	
Introduction	19
<i>Laurent Fabius</i>	
 Primera sección. Justicia constitucional	
 Capítulo 1	
Innovación constitucional de la América Latina democrática	23
<i>Georges Couffignal</i>	
 Capítulo 2	
Justicia constitucional de las libertades. De la Constitución a la suprema corte	51
<i>Freddy Domínguez-Nárez</i>	
 Capítulo 3	
Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions des partis politiques, au Mexique. Contrôle de constitutionnalité et de légalité, appliqué à la vie interne des partis politiques.	63
<i>Manuel González Oropeza</i>	

Capítulo 4

- Continuismo* et présidentialisme
constituant dans les États Andins. 95
Hubert Gordon

Capítulo 5

- Sistema judicial francés 123
Janine M. Otálora Malassis

Segunda sección. Instituciones

Capítulo 6

- Le Processus Législatif: Un Processus Chaotique
(ou les causalités enchevêtrées du désordre normatif). 143
Jean-Eric Schoettl

Capítulo 7

- La Légitimité Parlementaire Aujourd’hui 163
Francis Delpérée

Capítulo 8

- Activismo en sede judicial.
Precursor de la democracia intrapartidista. 173
Beatriz Eugenia Galindo Centeno

Capítulo 9

- La séparation des pouvoirs et le droit électoral en Russie 195
Sergueï Kouznetsov

Capítulo 10

- Sistemas de partidos e integración política.
Caso español y especialidad catalana. 219
Ángel J. Sánchez Navarro

Tercera sección. Ciencia política

Capítulo 11

- Jean-Claude Colliard en México.
Mayorías parlamentarias y segunda vuelta electoral 241
Marcela Bravo Ahuja

Capítulo 12

- François Hollande et le Fait Majoritaire,
ou la Naissance d'un Fait Majoritaire Contestataire 253
Jean-Philippe Derossier

Capítulo 13

- Improving Human Rights Protection
on the National and the European
Levels – Individual Access to Constitutional Courts
and the Accession of the European Union
to the European Convention on Human Rights. 267
Schnutz Rudolf Dürr

Capítulo 14

- Protección de los derechos políticos
en el sistema interamericano. 299
J. Jesús Orozco Henríquez

Capítulo 15

- Transparencia y Estado de Derecho como condición
previa para un desarrollo equitativo y sostenible 319
Jacqueline Peschard



Jean-Claude Colliard
(1946-2014)

Prólogo

La herencia que dejó el maestro¹ Jean-Claude Colliard, tanto en el ámbito intelectual como en el político, constituye un baluarte indispensable en la lucha ciudadana por conquistar mayores espacios de participación en las cuestiones públicas, así como en la consolidación de una sociedad de derechos fundada en personas libres e iguales, capaces de decidir su propio destino.

Jurista y científico político, y sobre todo un ser de gran calidad humana, Colliard comprendió que el derecho y el poder no se pueden disociar sin correr el riesgo de instaurar la dictadura de un poder político ilimitado, o bien, de establecer leyes sumamente rígidas cuya aplicación irreflexiva cerraría la puerta a la máxima protección de las personas y de sus derechos, ya que, como lo mencionó en su momento Norberto Bobbio, son dos caras de la misma moneda.

Intelectual francés que desde la academia construyó, con alto rigor metodológico, ideas de enorme calado en torno al ejercicio del poder, las cuales, de forma paralela, puso en práctica desde la titularidad de la jefatura de Estado Mayor, que ocupó durante una década, y desde

¹ Se le nombra así no por su título académico, sino por su vocación de formación y enseñanza a destacados alumnos; algunos de ellos han ocupado en México importantes espacios de decisión que conllevan la enorme responsabilidad de proteger los derechos de las personas, como el magistrado Manuel González Oropeza, de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

el Consejo Constitucional de Francia, del cual fue miembro de 1998 a 2007, cargos que desempeñó con verdadera vocación de servicio, anteponiendo siempre la voluntad popular.

En este orden, se debe reconocer su contribución a la consolidación de instituciones que vigilan y apoyan el desarrollo democrático en el mundo, como la Comisión de Venecia, órgano consultivo del Consejo de Europa, encargada de brindar asesoría en materia constitucional, parlamentaria y electoral, de la cual, como lo menciona en esta obra Schnutz Rudolf Dür, Colliard fue pilar fundamental para su materialización.

Debido al legítimo interés que mostró por México y por su sistema electoral, fue un puente de comunicación entre las instituciones nacionales y sus homólogas europeas, tanto de las electorales como de aquellas encargadas de la administración de la justicia. Esto generó que en el seno de la citada Comisión se considerara el papel de México en el fortalecimiento democrático del mundo, con lo que se consolidó como un interlocutor necesario para la toma de decisiones en el organismo.

De esta manera, el presente libro es un homenaje a un amigo de las instituciones electorales mexicanas y a un infatigable defensor de los derechos políticos, como lo nombra J. Jesús Orozco Henríquez en su valiosa aportación acerca de la protección de los derechos humanos de participación política en el sistema interamericano.

El prolífero trabajo de Colliard abarca los más diversos temas, que van desde la ciencia política y la teoría electoral hasta el contenido ético de las decisiones públicas; sin embargo, es posible advertir algunos puntos de encuentro referentes a dos conceptos clave en el desarrollo de sociedades en las que la ciudadanía asume, de manera primigenia, el compromiso de proteger, respetar y garantizar la dignidad de las personas: la democracia y la justicia.

Es por esta razón que la presente obra busca abarcar, de manera transversal, los temas centrales de las democracias modernas, analizando el sistema de partidos, las semejanzas y discordancias del régimen parlamentario y del presidencial, así como el papel de las mayorías en la toma de decisiones públicas, incluyendo el proceso legislativo; asimismo, el papel de los juzgadores como defensores de los derechos humanos, la justicia constitucional de frente al derecho electoral y el control constitucional y de legalidad en la vida interna de los partidos políticos.

Del análisis de los capítulos que conforman esta obra, se revela la relación de interdependencia que prevalece entre democracia y justicia; de la mano de especialistas se abordan temas que componen vasos comunicantes entre ambos principios, como la protección de los derechos humanos, la transparencia del Estado, el desarrollo del constitucionalismo en América Latina y la consecuente proliferación del reconocimiento del indigenismo político, nombrado así por Georges Couffignal.

El trabajo de Colliard es una lectura obligatoria de primer orden en el ámbito electoral, sobre todo en contextos con un sistema electoral mixto, en el cual se separan las funciones administrativas de las jurisdiccionales, como el caso mexicano, toda vez que propone confiar en el Poder Judicial la facultad de solucionar las dificultades que podrían sucederse en la efectiva aplicación de la decisión asumida por la soberanía popular. El político acuña el concepto de sinceridad del sufragio, que hoy debe ser visto desde dos perspectivas: una en la que el ejercicio del voto público debe materializarse como la manifestación diáfana de la voluntad popular, y otra en la que se encomiende a órganos de la jurisdicción electoral la definición de los asuntos electorales, como un complemento eficaz.

En estas páginas, los lectores descubrirán el pensamiento y la vida de un hombre de esta época, un teórico que, más que nunca, se debe conocer, estudiar y, sobre todo, seguir repensando.

Constancio Carrasco Daza
Magistrado presidente del Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación

Introduction

Laurent Fabius*

Chère Sylvie, chers Jean-Edouard et Marine, cher amis,

A quelques mètres de cette église, près du numéro 1 de la Place du Panthéon, adresse de Jean-Claude et de Sylvie Colliard, se dresse l'imposant édifice où la République honore ses grands hommes. Jean-Claude, à qui l'arrogance était étrangère, n'a jamais joué aux «grands hommes», mais il était indéniablement ce que l'on peut appeler, avec respect et affection, un «grand monsieur».

Chacun ici connaît son parcours brillant et ses responsabilités: directeur de cabinet du Président de la République, avant que j'aie eu la chance d'en faire mon propre directeur de cabinet à la présidence de l'Assemblée nationale, professeur de droit, président de Paris 1, membre du Conseil Constitutionnel, j'en passe. Rien de la pratique ni de la théorie de droit et du pouvoir ne lui était étranger.

Mais je veux me placer en cet instant sur un autre plan, celui de la vérité et de l'amitié au-delà du prestige des titres. La vérité et l'amitié de Jean-Claude étaient débonnaires et attentives aux autres, celle d'un capitaine Haddock aimable, cultivé et pétri d'humour. Jean-Claude, était l'homme de toutes les synthèses. La preuve? Il réussissait ce tour de force d'être à la fois mitterrandophile et tintinolâtre.

* Ministre des Affaires étrangères et du Développement international de France.

Si en ce triste moment je parle de Jean-Claude avec une sorte de sourire, c'est parce qu'il l'aurait souhaité et parce que tout en lui appelait le sourire et suscitait la sympathie: son humour qui l'aidait à conserver de la distance dans les épreuves les plus difficiles, son calme, sa bienveillance...L'une des dernières fois où je l'ai rencontré ou Quai d'Orsay, à l'occasion d'une remise de décoration à notre ami commun Louis Schweitzer, Jean-Claude, très amaigri par la maladie, affichait pourtant un optimisme communicatif: on ne demandait, hélas, qu'à se laisser convaincre...

D'autres que moi ont qualité pour évoquer le juriste remarquable, l'enseignant hors pair, l'expert éminent en droit constitutionnel, le spécialiste du gouvernement comparé qu'il fut. Mais quel était le fil rouge de tout cela ? Le fil rouge, c'était un mélange ou plutôt une addition de conviction et de fidélité.

Sa conviction s'était exprimée alors Jean-Claude était très jeune: il 25 ans quand se forme, à Epinay, le nouveau Parti socialiste; son engagement politique est déjà entier, puisqu'il est l'un des jeunes piliers de la Convention des institutions républicaines, un de ceux dont François Mitterrand, qu'il admirait tant, a vite mesuré les talents. En ces temps où il fallait pas mal d'inconscience et beaucoup de conviction pour imaginer qu'un jour les socialistes et l'alternance gouverneraient la France, Jean-Claude était déjà de ces combats-là. Ses idées, ses valeurs – justice sociale, laïcité, service public, démocratie – il les a défendues avec une fidélité qu'on éprouvée François Mitterrand, puis moi-même, et ses compagnons politique, comme tous ceux qui ont travaillé avec lui, Fidélité aux idées, fidélité aux personnes, qui n'excluait jamais la subtilité dans l'analyse, l'imagination dans la recherche des solutions, la souplesse dans leur mise en œuvre, et toujours, toujours, je peux en témoigner, une grande rectitude sur des principes et les valeurs.

Les éditions Dalloz, chères aux juristes, s'apprêtent à publier un livre de mélanges en hommage à Jean-Claude Colliard. Le titre de l'ouvrage en résume les facettes: «L'Etat, le Droit, le Politique».

L'État, il l'a servi avec bonheur et intelligence, sans jamais se laisser éblouir par son décorum, Le Droit a été sa passion, lui dont l'ouvrage sur «Les régimes parlementaires contemporains» est un classique, de même qu'il aura été sans doute notre meilleur analyste de l'organisation

des campagnes électorales et des processus de désignation des candidats. La Politique... En 1971, alors que Georges Pompidou commençait son septennat, Jean-Claude consacra son premier livre aux Républicains indépendants et à Valéry Giscard d'Estaing: le jeune professeur ne manquait pas de flair ! Et début 1994, alors que s'ouvrait la seconde cohabitation, dans un numéro de la revue *Pouvoirs* intitulé «Qui gouverne la France ?», il consacre un article à la question «Que peut le Président ?». Il y analyse avec pertinence – je cite - «cette situation particulière où la lecture de notre constitution ne suffit pas à savoir qui gouverne, qui peut quoi ?» - fin de citation. Comme quoi, parfois, l'Etat, le Droit et la Politique se rejoignent, noués en une gerbe par un homme sage, en qui la responsabilité politique n'altérait pas l'intelligence de l'analyse, ni la subtilité de l'analyse ne restreignait la capacité d'action.

Sa connaissance de notre système institutionnel lui valut, à lui le second doyen de la famille Colliard, d'être notamment membre de la Commission Vedel sur réforme du mode de scrutin et du comité consultatif pour la révision de la Constitution.

Ce sont ces mêmes qualités qui m'amenèrent à le nommer en 1998 membre du Conseil Constitutionnel. Choix au demeurant facile car qui mieux que Jean-Claude pouvait allier l'expertise, l'impartialité et les qualités humaines nécessaires ? Je suis d'autant plus heureux de cette nomination qu'elle lui a apporté, je le sais, beaucoup de bonheur.

«Neuf ans de bonheur», c'est précisément le titre qu'il donna à l'article, publié en 2009 par les Cahiers du Conseil Constitutionnel, où il relate son expérience dans cette grande institution avec la verve lucide que nous lui connaissions. « En neuf ans, écrit-il, je n'ai pas reçu une seule fois un "conseil" de mon autorité de nomination ». C'est tout Jean-Claude Colliard: dire les faits et, ce faisant, l'air de rien, dire le droit.

Chers Amis,

Nous n'avions tous qu'une chose à espérer pour lui: encore de nombreuses années de bonheur. Car cet expansif pudique, qui se serait affectueusement moqué de notre hommage rendu un premier avril, n'aimait rien tant que la vie, la vie simple, à la fois sa famille, la moto, fumer la pipe et pratiquer la viole depuis sa maison de la Ciotat.

La vie – plutôt la mort – en a décidé autrement.

Introduction

Pour toutes les raisons que j'ai dites – et bien d'autres -, il manquera à son pays et il nous manquer, à nous ses amis. Mais notre affection pour ce professeur demeuré étudiant, ce chargé d'honneurs dardé d'humour, ce militant tripal mais tolérant et intellectuellement honnête, oui notre affection restera profonde pour ce faux bourru, ce vrai gentil et ce grand républicain.

Affectueux adieu, Cher Jean-Claude, notre si généreux ami qui, son devoir accompli, s'en va.

Innovación constitucional de la América Latina democrática*

Georges Couffignal**

“La Constitución es nuestra ruta y nuestra meta, nuestra guía, y en ella se inscribe nuestro proyecto de nación”, declaró el presidente Enrique Peña Nieto el 5 de febrero de 2015 ante los representantes de los poderes Legislativo y Judicial y de los gobernadores reunidos en Querétaro en el 98 aniversario de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Esta frase resumía perfectamente el rol otorgado a la Constitución por las nuevas élites que accedieron al poder en América Latina desde finales de la década de 1980.

Después de la vuelta de la democracia, en las décadas de 1980 y 1990, casi todos los países de la zona latinoamericana elaboraron constituciones y algunas, incluso, han sido enmendadas en varias ocasiones. Sólo Panamá, Uruguay, Chile, México y Costa Rica conservan cartas magnas que datan de 1972, 1967, 1980, 1917 y 1949, respectivamente, pero muchas han sido reformadas de manera profunda. Y la cuestión de la elaboración de una nueva Constitución está presente en el debate político de varios de estos países, de manera especial e intensa en Chile, donde la Carta Magna vigente es la del general Augusto Pinochet.

* Texto traducido por Carmen Michelena.

** Profesor emérito en Ciencia Política por la Universidad Sorbona Nueva - París 3.

Esta sed de nuevos textos constitucionales ha dado lugar a apasionadas controversias. Todos los países se habían dotado de constituciones fundadas en los principios de representación y de separación de poderes en el momento de su independencia en la década de 1820. ¿Por qué esta fiebre constitucional, cuando el gran vecino del norte, Estados Unidos, se rige con el mismo texto —eso sí, enmendado— desde hace más de dos siglos? ¿Por qué en América Latina todo cambio político de envergadura acarrea casi automáticamente la elaboración de una nueva Constitución?

La tradición jurídica que nació con los movimientos de independencia de la década de 1820 lo explicaba en parte. Para las nuevas élites gobernantes significaba asentar su legitimidad política, a partir del momento en que ya no se trató de sustituir un orden monárquico por otro. En la mente de los libertadores —que se habían empapado con la filosofía del Siglo de las Luces— esto pasaba por la elaboración de constituciones que instauraran un orden republicano fundado en los principios de representatividad y de separación de poderes. La búsqueda de legitimidad del poder por medio de la adopción de cartas magnas prosiguió durante los dos siglos subsecuentes. Este movimiento constitucionalista se reactivó cada vez que hubo una ruptura política de importancia.

Pero con el fin de las dictaduras y de los regímenes autoritarios en las décadas de 1980 y 1990, se añadió la aspiración de instaurar una verdadera democracia y construir estados sociales que garantizaran nuevos derechos. Los textos anteriores contenían bellos e innumerables principios, pero la mayoría de éstos eran como cáscaras vacías. Se trataba de ir más allá: era necesario asentar la autoridad de los nuevos dirigentes y, al mismo tiempo, construir regímenes realmente democráticos.

Ahora bien, no se puede entender el funcionamiento de las asambleas elegidas a la caída de las dictaduras y de los regímenes autoritarios sin tener en cuenta la cultura política progresivamente modelada por los textos resultantes de los movimientos de independencia de principios del siglo XIX. Si la nueva Constitución es la que confiere una verdadera legitimidad a los actores de las transiciones, por añadidura debe otorgarles los medios para construir un nuevo orden político. Todo ello pasa por la codificación de derechos tradicionales, por

la afirmación de derechos nuevos y por la creación de nuevas instituciones. Además, en varios países —y fue la gran novedad— los nuevos derechos se tradujeron en la constitucionalización del indigenismo político.¹

No se comprendería la efervescencia constitucional que se apoderó de los latinoamericanos, desde que volvió la democracia, sin tomar en cuenta la cultura política que se instauró, de manera durable, en el momento de la independencia.² La Constitución era el texto en el que se debía basar un nuevo régimen, un texto que confería legitimidad a los nuevos gobernantes, designados según un principio electivo definido en la Carta Magna, aunque el voto se hacía con bases ampliamente censatarias, para evitar cualquier riesgo.

Cualesquiera que sean las diferencias notables entre la historia de la América hispánica y la América portuguesa, es preciso señalar que la voluntad constitucionalista de los criollos marcó, en ambos casos, la memoria colectiva de las élites gobernantes; cuando se presentan conmociones políticas o dificultades mayores, privilegian —casi de manera instintiva— el trabajo constituyente como modo de resolución de los problemas políticos, económicos y sociales.

Esta proliferación de cartas magnas en la época de la independencia llevó a numerosos autores a retomar, de manera muy discutible, la idea de lo que algunos llamaron mimetismo constitucional.³ Si bien es verdad que las constituciones latinoamericanas se inspiran en los textos nacidos de las revoluciones francesa y estadounidense, sus redactores tratan, ante todo, de someter los principios consagrados por éstas (especialmente la separación de poderes y la supremacía de la ley) a su propia voluntad de monopolizar el poder una vez conquistado. Los presidencialismos de esta época son variados. Si la figura del presidente se impone rápidamente (porque permite conjugar la opción de un Poder Ejecutivo único con la de un Poder Ejecutivo republicano), esto

¹ Este ensayo recoge y desarrolla algunas ideas de los capítulos 2 y 3 de mi libro *La nouvelle Amérique latine*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013.

² Cf. Antonio Colomer Viadel, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, ediciones de Cultura Hispánica, 1990, pp. 63-117.

³ Yves Mény (director), *Les Politiques du mimétisme constitutionnel. La greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993.

va a dar origen a una forma de presidencialismo muy diferente a la del estadounidense. La idea de un equilibrio que garantice que ningún órgano del Estado pueda monopolizar el poder está totalmente fuera de la mente de los constituyentes latinoamericanos de aquella época.

¿Se está hoy día lejos de esa tradición? Algunas constituciones recientes (como la de Venezuela o la de Bolivia) han instaurado nuevos poderes (electoral y ciudadano) junto con los tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), lo que hace pensar en un contrapeso incrementado. En la práctica, no hay nada de eso. La marca principal de las cartas magnas de América Latina es la de haber organizado, ayer y hoy, poderes ejecutivos fuertes con poderes legislativos débiles y sistemas judiciales embrionarios. Se importó de Estados Unidos el hecho de confiar el Poder Ejecutivo a un presidente, pero no su modelo institucional.

Constituciones inventivas para instaurar un nuevo orden político y social

Desde el principio de la década de 1980, 14 países adoptaron una o varias constituciones: Honduras (1982), El Salvador (1983), Haití (1987), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Guatemala (1993), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009) y República Dominicana (2010). Casi todas fueron ratificadas por referendo. Estas constituciones se caracterizan por una impresionante creatividad: referendo revocatorio introducido por la Constitución colombiana de 1991 (artículo 103) y retomado por otros países; creación de numerosas autoridades independientes del gobierno (institutos, consejos, autoridades y tribunales) para asegurar la transparencia de los procesos electorales o de las decisiones políticas y para organizar el derecho de los ciudadanos a participar de las decisiones de los gobernantes; reconocimiento de derechos específicos a las comunidades indígenas, e incluso el reconocimiento en Bolivia de la plurinacionalidad.

El Constituyente latinoamericano no paró de innovar desde el fin del siglo xx. Esta nueva fiebre constitucional es bastante diferente a la del siglo xix, en la medida en que los nuevos textos no se limitan

a organizar los poderes y definir las competencias de cada uno. Incluyen numerosas normas materiales que indican los objetivos que el Estado debe perseguir y las metas que debe alcanzar. Las muy largas constituciones de Brasil (1988) y de Ecuador (2008) lo ilustran perfectamente. La organización de los poderes, en ambos casos, viene en el título IV, después de haber sido detallados ampliamente en los títulos precedentes los derechos (muchos de éstos nuevos) de los individuos y de los grupos. Es lo que los juristas han calificado de neoconstitucionalismo.⁴

Para muchos países, construir regímenes democráticos implicaba evacuar las estructuras autoritarias heredadas de los gobiernos militares, e igualmente dotar a los gobernantes civiles de herramientas que les permitieran desechar eventuales nuevas intervenciones del ejército en la arena política. En la mayoría de los casos fue fácil, ya que los militares, en general, habían perdido buena parte de su legitimidad a causa de su fracaso en materia económica, o militar como lo fue el caso de Argentina en 1982 con la guerra de las Malvinas. Negociaron las condiciones de vuelta a los cuarteles, exigiendo al poder civil que les concediera la impunidad por las violaciones de derechos humanos perpetradas en la época de las dictaduras. En Argentina y en Uruguay se adoptaron leyes de amnistía que fueron contestadas en la década del 2000.

El caso chileno es diferente. La cuestión de la elaboración de una nueva Constitución estuvo ausente de la transición chilena de la década de 1990. En aplicación de los mecanismos previstos por la Constitución

⁴ Véase Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano," en Corte constitucional del Ecuador, *El nuevo constitucionalismo en América latina*, Corte Constitucional, Quito, 20010, 9-38. De los mismos, véase "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal", *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9 (2011), 1-24.

Los autores distinguen neoconstitucionalismo, corriente doctrinal consolidada, y nuevo constitucionalismo, corriente doctrinal en configuración, este último añadiendo la necesidad de la legitimidad democrática al primero. Esta distinción está desarrollada en el artículo de Carlos Manuel Villabella Armengol, "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*, verano 2010, en particular, pp. 55-63. Para el autor, el "nuevo constitucionalismo" es el delineado en los textos de Venezuela, Ecuador y Bolivia; están plagados de principios éticos, preceptos teleológicos, normas basadas en valores superiores, pero insisten también en los deberes que van más allá de las tradicionales obligaciones de las constituciones clásicas.

de 1980, el general Augusto Pinochet, quien había perdido en 1988 el referendo gracias al cual pensaba perpetuarse en el poder, siguió como jefe de las fuerzas armadas hasta 1998. Además, dicha Constitución garantizaba la presencia de oficiales de alto rango en los órganos del Estado. La tutela del ejército era, pues, muy fuerte y el viejo dictador no perdía una ocasión de hacerlo sentir. Hubo que esperar a 2005, cuando el presidente Ricardo Lagos consiguió que se adoptara una reforma constitucional que abolía los principales enclaves autoritarios⁵ para que el poder militar estuviera completamente sometido al poder civil. Los primeros que plantearon en el espacio público la cuestión de ir más allá fueron los estudiantes que se manifestaron durante todo el año 2011, y volvieron a empezar en 2013, para que la Constitución reconociera el principio de una educación pública y de calidad para todos.

También México —al que Mario Vargas Llosa calificó en 1990 como dictadura perfecta— ha conservado el mismo texto constitucional después de la alternancia en el poder del año 2000. Pero la Constitución de 1917 ha sido enmendada más de 500 veces y ninguna fuerza política pide su abolición. En cambio, salvo Uruguay, todos los países eligieron asambleas constituyentes al salir de los regímenes autoritarios. Colombia y Venezuela, que no habían tenido regímenes militares, escribieron también nuevas constituciones. Todas presentan una serie de características comunes, de las cuales tres merecen ser mencionadas: crean instituciones independientes del Ejecutivo para garantizar el éxito de las elecciones, definen de manera precisa y detallada la sociedad basada en derechos nuevos que quieren construir, y elevan a norma constitucional el principio de participación del pueblo en la toma de decisiones.⁶

⁵ Este concepto de Manuel Antonio Garretón se refiere a las disposiciones de la Constitución de 1980 que hacían que modificarla fuera casi imposible. Cf. Manuel Antonio Garretón, “La posibilidad democrática en Chile”, *Cuadernos de difusión*, Flacso, Santiago, 1989.

⁶ Para una visión amplia de las nuevas normas introducidas de manera diversa en muchos países de la región, véase Rodrigo Uprini, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en César Rodríguez Garavito, coord., *El derecho en América Latina*, México, Siglo XXI, 2011, 109-36.

Creación o fortalecimiento de instituciones autónomas

En las décadas de 1980 y 1990, la mayoría de los países se dotaron de nuevas cartas magnas o reformaron sus constituciones, y crearon instituciones independientes en diversos campos. La creación de instituciones autónomas es algo característico en la mayoría de los regímenes democráticos, como lo observa John M. Ackerman:

La cantidad de organismos que existen actualmente alrededor del mundo, el avance de los criterios jurisprudenciales en la materia y los rediseños constitucionales que se han llevado a cabo recientemente, en América Latina en particular, nos obligan a concebir los organismos autónomos como parte de una revolución silenciosa que está tomando lugar a nivel internacional en la división de poderes.⁷

En todos los países de la región se observó este fenómeno (bancos centrales autónomos, instancias de regulación de la actividad económica o de los servicios, etcétera), pero las innovaciones más importantes fueron en los campos de la justicia constitucional y electoral.

Por lo que se refiere al primero, hubo creación, dentro o fuera del Poder Judicial, de instituciones nuevas (Bolivia, Colombia, Perú, Guatemala y Chile) o de salas constitucionales en las cortes supremas (Honduras, Paraguay, Venezuela y Costa Rica). Argentina, Brasil y México tenían ya un control de constitucionalidad, pero aumentaron considerablemente su peso.⁸ Estas reformas manifestaban claramente la voluntad del Constituyente de ampliar la protección de los derechos individuales y colectivos y de someter los poderes legislativos y ejecutivos al imperio de la Constitución. Hasta el día de hoy, es obvio que la debilidad de los aparatos judiciales en muchos países fragiliza

⁷ John M. Ackerman, "Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 4, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2834/5.pdf>.

⁸ Francisca Pou Giménez, "Justicia constitucional y protección de los derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo", en César Rodríguez Garavito, coord., *El derecho en América Latina, op. cit.*, p. 232.

la aplicación de estos textos, pero no cabe duda de que participaron en la lenta implantación de estados de derecho en América Latina.

Por otra parte, para garantizar los principios de pluralismo y transparencia en las competencias electorales, muchos países crearon instituciones específicas encargadas de organizar las elecciones, así como jurisdicciones especiales para tratar lo contencioso electoral. Después de decenios de voto controlado, los constituyentes querían que, a partir de ese momento, el acto electoral estuviera fuera del alcance del titular del poder. Las atribuciones de dichas instituciones varían de un país a otro:⁹ a veces limitadas sólo a la organización de elecciones, a veces organizadoras y jueces de la regularidad de los procesos electorales, a veces encargadas —es el caso de Bolivia— de tareas de estado civil, todas ellas están dotadas de presupuestos considerables. El examen de todos esos recientes organismos¹⁰ demuestra que han jugado un papel considerable en la construcción de la ciudadanía, han formado mandos, han elaborado documentos pedagógicos, han fabricado material electoral, han organizado elecciones y han instruido a los responsables de las oficinas electorales y a los observadores. Algunos países, como Brasil y Venezuela, han adoptado desde el principio de siglo XXI el voto electrónico. Estos organismos, cualesquiera que sean sus deficiencias, han cumplido correctamente con su misión. El fraude masivo es casi imposible hoy en la mayoría de los países, y las jurisdicciones electorales, a pesar de haber sido cuestionadas,¹¹ han permitido elecciones mucho más transparentes que antes.¹²

⁹ Véase Hugo San Martín Arzabe, *Atribuciones de los organismos electorales en América latina*, La Paz, CNE, 2006.

¹⁰ El primero fue creado México en 1990 —el Instituto Federal Electoral (IFE), llamado desde 2014 Instituto Nacional Electoral (INE)—. Para un análisis de las reformas electorales y el funcionamiento de estos organismos en México, cf. John M. Ackerman, *Autenticidad y nulidad. Por un derecho electoral al servicio de la democracia*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3105>.

¹¹ Varias decisiones de estos organismos fueron cuestionadas, por ejemplo, la proclamación de Felipe Calderón en México, en 2006, por el IFE, o la de Nicolás Maduro por la Comisión Nacional Electoral (CNE) en 2013, pero en ambos casos nadie pudo aportar la prueba indiscutible del fraude.

¹² Acerca de estas cuestiones electorales pueden referirse a diversas contribuciones del libro coordinado por Olivier Dabène (director), *Amérique latine, les élections contre la démocratie ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007, que ofrecen un panorama completo de las elecciones presidenciales celebradas en 11 países de América Latina en 2006.

La mayor o menor independencia de dichos organismos respecto al poder político depende de la manera de designar a sus miembros: ¿los nombra el Ejecutivo?, ¿el Parlamento? Las situaciones varían de un país a otro, pero en la mayoría de los casos los resultados son positivos y han contribuido a ofrecer nuevas garantías jurídicas de las votaciones. El hecho de votar se ha convertido hoy, realmente, en el acto fundador de la ciudadanía.

Nuevos derechos individuales y colectivos

La mayoría de las nuevas cartas magnas no se conforman con organizar las relaciones entre los poderes, sino que —como ya se ha señalado— esbozan un proyecto de sociedad. Entran con gran detalle en los derechos individuales, sociales, económicos y en las medidas que el poder político tiene que tomar para poder instaurar una nueva era. Es importante subrayar los derechos reconocidos a ciertos individuos más vulnerables: mujeres embarazadas, ancianos, minusválidos, jóvenes, enfermos, prisioneros, etcétera. A veces se trata únicamente de integrar en la Constitución derechos reconocidos por los convenios internacionales, pero en general se trata, sobre todo, de ampliar la efectividad de las protecciones del derecho común para estas personas que tienen, de hecho, menos posibilidades de defenderse y, por otra, de reconocer derechos individuales que el Estado debe garantizar a todos.

Un buen ejemplo lo da el capítulo 2 de la Constitución ecuatoriana, que detalla en más de 70 artículos el derecho a vivir bien, a tener acceso al agua, a poder alimentarse, a vivir en un ambiente sano, a tener acceso a la información, a la cultura, a la ciencia, a la educación, a la salud, al seguro social, a beneficiarse de una vivienda y a tener un trabajo.¹³ Al lado de estos derechos individuales aparecen derechos colectivos nuevos, como la protección del medio ambiente. Todas las

¹³ Para un estudio completo de esta Constitución ecuatoriana en el marco de las transformaciones aparecidas en el constitucionalismo andino, cf. Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011.

constituciones posteriores a 1980 conocen este tipo de rúbrica¹⁴ (pero este derecho es reconocido en Costa Rica desde 1949 y hoy más de 40 por ciento del territorio nacional está protegido). En la misma lógica de peculiar atención a sectores marginados son reconocidos derechos específicos a las comunidades indígenas (*cf. infra*).

Por supuesto, la apariencia de programa hace correr el riesgo a esos textos de quedar en papel mojado, debido a la ausencia de disposiciones vinculantes o de textos de aplicación. Aunque en el caso de los países presidencialistas con coaliciones (como Uruguay, Chile, México o Brasil), donde el presidente tiene que negociar en permanencia con el legislador para hacer aprobar sus textos, los parlamentarios no se privan de recurrir a dichas disposiciones constitucionales para sacar partido a su voto. Asimismo, la afirmación de todos esos derechos se ha convertido, poco a poco, en un recurso al que acuden los ciudadanos cuando se quieren oponer a los proyectos presidenciales (como se ha podido constatar a menudo en Bolivia) más aún cuando se quiere instaurar democracias participativas.

No hay que subestimar la importancia de estas medidas. Esas disposiciones que detallan los derechos a los que aspiran los ciudadanos “pueden incitar a desarrollar procesos de movilización sobre bases legales, que es lo que en la práctica está ocurriendo de manera creciente en los movimientos reivindicativos de América latina”.¹⁵ En Colombia, los ciudadanos pueden apoyarse en esos derechos constitucionales putativos para obligar a los jueces y al legislador a transformarlos en derechos reales. En los países andinos, este modo de reivindicación es frecuente cuando se trata de modalidades de la participación política: el derecho a ser consultado de cualquier proyecto que afecte al territorio en el que habitan las comunidades indígenas es una norma en Bolivia y Ecuador. Por otra parte, se han multiplicado desde el principio de la década de 2000 los conflictos a propósito de la protección de la naturaleza o del medio ambiente (gestión del agua, deforestación,

¹⁴ Véase Aparicio Whilhemi, “Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las constituciones de Ecuador y Bolivia”, *Revista general de Derecho Público comparado*, (9), 2011, pp. 1-24.

¹⁵ Detlef Nolte y Almut Schilling-Vacafló (editores), *New Constitutionalism in Latin America : Promises and Practices*, Burlington, Ashgate, 2012, p. 26 (traducción del autor).

proyectos mineros, grandes infraestructuras y energía) en Perú, Chile, Ecuador, Bolivia, Brasil, Argentina, Colombia y Centroamérica.¹⁶

Democracia participativa

Varias constituciones —Colombia (1991, título IV, capítulo 1), Venezuela (1999, preámbulo, artículos 6 y 18), Ecuador (2008, título IV, capítulo 1), Bolivia (2009, artículo 11)— han designado la democracia participativa como el principio mayor para la gestión del Estado. Se trata de buscar mecanismos jurídicos que permitan establecer un nuevo tipo de relación gobernantes-gobernados, más directa, que de cierta manera garantice la efectividad del principio de soberanía popular. Ésta debe ejercerse no sólo en el momento del voto regular para designar a los representantes y a los gobernantes, sino también durante el ejercicio de sus mandatos. Por medio de estos mecanismos, se trata de mantener la legitimidad del mandatario, controlando sus decisiones, y no de sustituir la democracia representativa por esta nueva modalidad participativa. Al contrario, se intenta profundizarla, complementarla y reconocer al ciudadano la posibilidad de dirigirse directamente al Ejecutivo, sin pasar por la mediación de los partidos.

Esta constitucionalización del principio participativo corresponde a una demanda social que se ha expresado en muchos países. La exigencia de participación apareció con fuerza en México después del grave terremoto de 1985, que supuso el verdadero despertar de la sociedad civil, cuando los habitantes siniestrados exigieron tener derecho a opinar en la reconstrucción de la capital del país. Muchas asociaciones e iniciativas colectivas nacieron, por primera vez, al margen de los partidos, lo que acarreó considerables cambios en la estructuración del espacio político. Esta proliferación de demandas sirvió de base para la aparición del Partido de la Revolución Democrática (PRD), que federó a muchos grupos de extrema izquierda: al Partido Comunista, a organizaciones no gubernamentales (ONG) nacidas a raíz del seísmo, a asociaciones, a disidentes del Partido Revolucionario Institucional

¹⁶ La literatura acerca de estos conflictos es amplia. Hay un minucioso inventario en Martín Cúneo y Emma Gascó, *Crónicas de estallidos. Viaje a los movimientos sociales que cambiaron a América latina*, Icaria ed., 2013.

(PRI). En 1997, por primera vez desde 1928, el entonces presidente Ernesto Zedillo tuvo que relacionarse con una Cámara de Diputados en la que el PRI no tenía mayoría. Y en 2000, México conoce la primera alternancia de su historia con la elección de Vicente Fox, del Partido Acción Nacional (PAN), a la presidencia. Desde entonces, la sociedad civil no ha dejado de reforzarse gracias también a la acción de gran cantidad de ONG, como la Alianza Cívica. Esta asociación, creada en 1994 por mujeres, está presente hoy en día en todo el territorio nacional y multiplica las iniciativas para exigir transparencia en la acción pública, controlar las elecciones, pedir a los políticos elegidos que rindan cuentas de su gestión, todo ello con la intención de construir una ciudadanía activa.

Esta sed de participación caracterizó la mayoría de los conflictos sociales de la década del 2000, ya se trate de movilizaciones antiguas (como los piqueteros en Argentina o los *Sem Terra* en Brasil) o de las más recientes (como los movimientos estudiantiles en Chile y en Colombia, o los conflictos mineros en Perú a principios de la década de 2010). Por supuesto, las variaciones de un país a otro son numerosas; algunos conflictos crecieron en sociedades civiles fuertes (Perú o Uruguay), otros en sociedades civiles débiles (Paraguay u Honduras). Todo esto, por supuesto, depende de la historia de cada país, pero también de su legislación, del reconocimiento jurídico que se le otorga con mayor o menor facilidad a las asociaciones u ONG. En Chile, por ejemplo, crear una asociación o corporación es una tarea larga, complicada y costosa, lo que no facilita la estructuración de la sociedad civil. En paralelo a estas demandas de la población, el desarrollo de la dimensión participativa es también el resultado de prácticas políticas de los gobernantes.

El presupuesto participativo, inventado a principios de la década de 1980 en Porto Alegre, Brasil, por el equipo del Partido del Trabajo (PT) que había ganado el gobierno de la ciudad en 1989, fue mediatizado rápidamente y conocido en el mundo entero gracias al Foro Social Mundial que se reunió por primera vez en aquella ciudad en 2001.¹⁷

¹⁷ Porto Alegre lo organizó también en 2002, 2003 y 2005. Otras ciudades del mundo entero tomaron el relevo cuando en 2004 el Partido del Trabajo (PT) perdiera las elecciones municipales.

Esta experiencia de democracia lo más cerca posible del ciudadano supuso un salto cualitativo notable en la búsqueda permanente de transformación, que es la primera característica de la democracia. Ha sido objeto de muchísimos estudios y ha sido adoptada, transformada y experimentada en numerosos países de América Latina.¹⁸ Más de 200 ciudades brasileñas, administradas por diferentes partidos, practican hoy ese tipo de gestión municipal, y experiencias similares se pueden observar en muchos países de la región y de otros continentes.

En 2004, un importante informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) trató de identificar las causas de la insatisfacción de los ciudadanos hacia la democracia y propuso toda una serie de medidas para satisfacerlas.¹⁹ El gran mérito de los análisis de los últimos 10 o 15 años ha sido poner fin a la visión, a menudo holística, que se tenía del Estado y de la sociedad civil en América Latina. Han puesto el acento en la diversidad de situaciones concretas y en el hecho de que una verdadera democratización necesita siempre la participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones. En un gran número de países de América Latina se han multiplicado los consejos ciudadanos, las reuniones de concertación, los consejos de gestión de políticas públicas, los procesos para controlar y pedir cuentas, tanto a los gestores como a los políticos. Esta nueva manera de actuar en política ha favorecido la emergencia de nuevas demandas y de nuevos movimientos sociales, que han transformado profundamente el espacio público y revelado la escasez de los recursos públicos para responder a dichas demandas. Finalmente, se puede decir que, en muchos países, este tipo de práctica se ha vuelto un indicador de la calidad de la gobernanza.

¹⁸ Véase, por ejemplo, Brian Wampler, *Participatory Budgeting in Brazil: Contestation, Cooperation and Accountability*, University Park, Pennsylvania State University Press, 2007; y también los artículos reunidos por Evelina Dagnino, Alberto J. Olvera, Aldi Panfichi (coordinadores.), *La disputa por la construcción democrática en América latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, et par Maria do Carmo Albuquerque (coordinadora), *La construcción democrática desde abajo en el Cono Sur*, Sao Paulo, Instituto Pólis, 2004.

¹⁹ PNUD, *La democracia en América latina*, New York, 2004. En la misma línea, véase PNUD, *Nuestra democracia*, México, FCE/PNUD/OEA, 2010.

Fortalecimiento del Poder Judicial

La novedad del periodo reciente reside en el intento de edificación de un Poder Judicial apto para defender a los ciudadanos contra los abusos de poder del Ejecutivo. La generalización de la figura española del Defensor del pueblo y de los recursos de amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, así como la creación de jurisdicciones especiales para lo contencioso electoral, testimonia la voluntad de querer instaurar un Estado de Derecho.²⁰ Los poderes ampliados de las jurisdicciones constitucionales o de los tribunales superiores van en la misma dirección. Cierto es que el resultado todavía no es tangible, por la debilidad de los aparatos judiciales en muchos países.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) juega un papel importante en esta implantación de una cultura jurídica, por medio de la interacción entre las obligaciones jurídicas internacionales y los aparatos jurídicos nacionales, en particular, en lo que se refiere a los derechos humanos. No sólo los países afectados han aplicado las sentencias de la Corte, sino que, a su vez, los tribunales nacionales se han servido de los razonamientos jurídicos que las motivaron. Las amnistías o autoamnistías decretadas al terminar las dictaduras han podido ser puestas en tela de juicio en todos los países después de la sentencia Barrios Altos contra Perú de 2001, que permitió a los tribunales peruanos perseguir a Alberto Fujimori por crímenes contra la humanidad. La justicia argentina se fundó en esta jurisprudencia para entablar diligencias judiciales contra los responsables de la Junta Militar. En Chile, Brasil y Guatemala se abrieron decenas de procesos contra antiguos torturadores, pero al lado de estos casos emblemáticos la debilidad de los aparatos judiciales explica el desarrollo rápido de instancias arbitrales en materia económica (los inversores exigen seguridad jurídica) y comercial, que combinan varios acuerdos de libre comercio.

A pesar de la lentitud y de la dificultad observadas para establecer un Estado de Derecho —lentitud que proviene, en parte, de la gran

²⁰ Se encuentra un examen de las diversas instituciones jurídicas en varios países en Yanina Yep y Laurence Whitehead (eds.), *Caleidoscopio de la innovación democrática en América latina*, Flasco México/Nuffield College/Centre for Reserch, 2011.

complejidad de los nuevos mecanismos institucionales introducidos por numerosas constituciones para implementar el nuevo orden político y social deseado—, el examen de los dos o tres últimos decenios muestra progresos reales en muchos países. En Guatemala, en Colombia y en Perú fueron los tribunales supremos los que se opusieron a las veleidades anticonstitucionales de ciertos presidentes respecto a presentarse de nuevo en las elecciones. No ocurre así en todos los países. En Nicaragua, la Corte Suprema de Justicia permitió a Daniel Ortega, en 2011, presentarse a un tercer mandato después de regateos políticos y presiones que parecían de otra época. En cualquier caso, se puede afirmar que el derecho progresa por todas partes, a ritmos diferentes, sobre todo cuando hay un presidencialismo de coalición, es decir, cuando el presidencialismo se parlamentariza.²¹

Un poder presidencial fuerte

“El poder ejecutivo se desarrolla, vigoroso, en todo el continente americano, pero vemos como en el Sur no existe un verdadero contrapeso”,²² escribía André Siegfried en 1934. La tradición de un Ejecutivo fuerte en América Latina es antigua. Para Simón Bolívar, la Constitución era una herramienta al servicio de su objetivo político mayor: consolidar la independencia. El Ejecutivo tenía que disponer de medios suficientes para poder afrontar eventuales agresiones exteriores o sediciones internas. Las batallas que opusieron a conservadores y liberales en gran parte del siglo XIX, los primeros partidarios de mantener o restaurar los valores del catolicismo introducidos con la conquista (la cruz y la espada) y los segundos partidarios de instaurar sociedades en las que el libre albedrío individual podría realizarse, se tradujeron en el plano constitucional en compromisos en los que el Ejecutivo estaba muy poderoso.

²¹ Jorge Lanzaro (coordinador), *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2001.

²² André Siegfried, *Amérique latine*, Paris, Armand Colin, 1934, p. 96.

La Constitución de la gran Colombia (Constitución de Cúcuta) de 1921 lo ilustra perfectamente. Aunque era de inspiración federalista, organizaba un Poder Ejecutivo muy centralizado para garantizar la instauración de un nuevo orden político que aboliera la esclavitud, prohibiera la inquisición, garantizara la libertad de expresión y controlara los bienes eclesiásticos. Es cierto que los liberales hubieran preferido constituciones con equilibrio de los poderes, según el modelo estadounidense. Aunque para instaurar un nuevo orden, con la resistencia de los conservadores católicos, era necesario un poder presidencial fuerte. La casi totalidad de las constituciones del siglo XIX, incluidas las federales, instauraron así un poder muy centralizado.²³ Esta tradición de un Ejecutivo fuerte se encontrará más tarde en los textos elaborados tras el final de los regímenes autoritarios. A pesar de que tratan de atribuir nuevas prerrogativas a los parlamentos, éstas no reducen la preponderancia del Ejecutivo, lo que se puede explicar por la conjunción de esta tradición latinoamericana de poder fuerte y de la evolución que han conocido la mayoría de las democracias occidentales desde hace un cuarto de siglo con el efecto, entre otros, de la mediatización de la acción política.

Gobierno del decreto-ley

Lo que en América Latina se llama decretismo se ha generalizado. Gobernar por decretos, es decir, dictar decretos-leyes con arreglo a la Constitución o haciendo adoptar al Parlamento disposiciones relativas a un estado de excepción, a circunstancias excepcionales o modalidades similares que toman apelaciones diferentes, se ha convertido en una práctica corriente en un buen número de países.²⁴ Es preciso constatar que es frecuente en los países donde el presidente dispone de

²³ Roberto Gargarella, "Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina", en César Rodríguez Garavito, coord., *El derecho en América Latina, op. cit.*, pp. 89-96. Del mismo autor, véase también "Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, verano 2010, pp. 30-48.

²⁴ Cf. Mario Maurich, "Decretismo y Democracia en perspectiva comparada: Argentina, Brasil y Perú en los 80's y 90's", *Revista Mundo Político*, 1, 2001.

una mayoría absoluta en el Congreso. Colombia y Venezuela son dos ejemplos emblemáticos: de manera regular, el Parlamento autoriza al Ejecutivo legislar por decretos, en periodos que a veces duran todo un mandato presidencial. Esto puede parecer raro, dado que el Ejecutivo estaba seguro de ver sus textos adoptados por el Parlamento. En realidad, se vuelve a encontrar esta tradición ya señalada: el presidente debe disponer de poderes fuertes para vencer los corporatismos, los grupos de interés y los poderes económicos que se oponen, o se opondrían, a su política. Si el cambio depende del presidente (instaurar el socialismo del siglo XXI para Hugo Chávez en Venezuela; restaurar la seguridad y vencer a las guerrillas para Álvaro Uribe en Colombia), debe tener en sus manos poderes inmensos que le permitan actuar rápidamente. Pero esta práctica del decreto-ley retira al Parlamento todo poder, puesto que éste sólo será llamado a pronunciarse al terminar el periodo de habilitación, para una aceptación general, o para un rechazo en bloque (jurídica y políticamente impensable) del conjunto de las disposiciones tomadas durante dicho periodo.

Es normal que esta práctica sea difícil de aplicar en los casos de presidencialismos de coalición, por ejemplo en México y en Chile. En realidad, a la preocupación tradicional de los presidentes de ser eficaces se ha añadido hoy la voluntad de establecer una relación directa con la población y también una especie de desprecio hacia las Cámaras. *In fine*, ¿América Latina estará amplificando una evolución, ya observada en muchas viejas democracias, que conjuga la personalización creciente del poder con la llamada que los dirigentes lanzan a la opinión pública para debilitar los contrapesos tradicionales? En Europa, en África, en Asia, tanto en regímenes parlamentarios como presidenciales, y en todas partes del mundo se observa esta tendencia al fortalecimiento del poder del Ejecutivo. Estados Unidos aparece como un caso sui generis: la Cámara de Representantes conserva amplios poderes de control del presidente, aun cuando sea del mismo color político que él. Este fenómeno del creciente peso del Ejecutivo ha sido amplificado, en América Latina, con la generalización de la elección del presidente al sufragio universal directo.

Elección del presidente de la República por sufragio universal directo

Todos los textos constitucionales elaborados a partir de la década de 1980 prevén la elección del presidente por sufragio universal directo, un mecanismo tomado de la Constitución francesa: sufragio universal directo en dos vueltas, con variaciones según los países. Por ejemplo, en Nicaragua (Constitución de 1987 enmendada), en Argentina (Constitución de 1994) y en Guatemala (Constitución de 1985), la mayoría relativa, con ciertas condiciones, basta al candidato que llega a la cabeza para ser elegido en primera vuelta. Pero el dispositivo de elección en dos turnos es el más corriente. Algunos países (México, Honduras, Paraguay), raramente, han conservado la elección de una vuelta a pesar de la desgraciada aventura chilena (Salvador Allende había sido elegido con menos de 40% de los votos y son muchos los analistas que recalcan la debilidad de su legitimidad en las urnas para explicar la importancia de las movilizaciones que se opusieron a su política). Este tipo de escrutinio otorga un peso considerable al presidente. El Parlamento también resulta del sufragio universal, pero los diputados y los senadores tienen una base electoral débil respecto a la del jefe del Estado, que se beneficia de una legitimidad infinitamente superior a la de cualquier otro cargo elegido. Incluso, cuando se extralimita en sus derechos o competencias, está al recaudo de cualquier contestación parlamentaria real, salvo si la opinión pública se mete y da los medios al Parlamento para obligar al presidente a dimitir (como se vio en Brasil con Fernando Collor de Mello; en Perú, con Alberto Fujimori, y en Ecuador, con Abdalá Bucaram). Pero estos casos son raros.

Por otra parte, al igual que en Francia, algunas constituciones (Perú, Argentina, Haití y Bolivia) incluyen la idea de una dualidad del Ejecutivo. En esos países, el primer ministro depende directa y exclusivamente del presidente, que lo nombra y lo destituye a su antojo. Este fusible ha sido utilizado a menudo en Perú y en Argentina. Finalmente, varias constituciones prevén también la posibilidad que tiene el Parlamento de destituir a los ministros, secretarios de Estado²⁵ e incluso al presidente.

²⁵ El Parlamento chileno destituyó a tres ministros de Educación durante el mandato del presidente Piñera (2009-2013).

La lancinante cuestión de la reelección presidencial

La mayoría de las antiguas constituciones, como las adoptadas al salir de los regímenes autoritarios, consagraban el principio de no reelección. Antes se trataba de que el poder circulara entre las élites. A partir de la década de 1980 fue necesario premunirse contra el peligro de que las dictaduras regresaran, aún más cuando éstas habían resultado de la permanencia en el poder de la misma persona o familia (Stroessner, Batista, Somoza, Duvalier, Trujillo, etcétera). Sin embargo, los nuevos dirigentes elegidos a partir de la década de 1990 trataron de mantenerse en el poder, proponiendo revisiones constitucionales o elaborando nuevas constituciones.²⁶

Alberto Fujimori inició esta práctica con la Constitución peruana de 1993, después de su golpe de Estado civil del 5 de abril de 1992. Se mantuvo en el poder en 1995, pero la reelección inmediata fue abolida después de su huida al extranjero en 2000. La Constitución argentina de 1994 tuvo como origen la voluntad del presidente Carlos Menem de librarse de la cláusula de no reelección inmediata que figuraba en el texto de 1853. En Brasil, en 2003, Fernando Henrique Cardoso hizo adoptar una reforma constitucional con el fin de poder presentarse a un segundo mandato. Álvaro Uribe, elegido presidente de Colombia en 2004, hizo lo mismo para estar en condiciones de presentarse en 2008 y volvió a intentarlo, sin éxito esta vez, en 2011. Todas las constituciones elaboradas después de la elección de Hugo Chávez en Venezuela (1999), de Rafael Correa en Ecuador (2008) y de Evo Morales en Bolivia (2009) han previsto la posibilidad de una reelección consecutiva. En 2007, Chávez fue más allá e hizo modificar la Constitución para suprimir cualquier límite a la reelección. Fue imitado por Daniel Ortega, en 2013, en Nicaragua. En 2014, otros jefes de Estado (Morales en Bolivia, Correa en Ecuador) siguieron su ejemplo.

Sin embargo, independientemente de su popularidad al terminar su primer o segundo mandato, la mayoría de los presidentes no ha ido más lejos, unas veces porque las instancias judiciales se lo prohibieron

²⁶ Véase acerca del continuismo el estudio de Hubert Gordon en este libro.

(Guatemala y Colombia), otras porque ellos mismos se negaron a solicitar este tipo de reformas por su carácter no democrático (Luiz Inácio Lula da Silva en Brasil). Para terminar, cuando la reelección no es posible en lo inmediato, lo es después de uno o dos periodos constitucionales (Perú, Chile, Costa Rica y República Dominicana). ¿Honduras y Paraguay —donde la cuestión de la reelección está planteada— verán su legislación evolucionar en este sentido? Tal evolución parecía menos probable en México, visto cuán anclado estaba en la cultura política mexicana el principio de no reelección, nacido de la Revolución mexicana de 1917.²⁷ Todo esto pudiera cambiar en el futuro a partir del momento en que el presidente Enrique Peña Nieto hizo adoptar, en 2014, una reforma constitucional que prevé la posibilidad de que a partir de 2018 los diputados, senadores y alcaldes puedan ser reelegidos (4 veces para los diputados, 2 para los senadores y los alcaldes).

Dos factores abogan por el abandono casi general de este principio de no reelección, grabado en el mármol de las primeras constituciones del siglo XIX. En primer lugar, la historia lo ha mostrado: la no reelección nunca ha permitido protegerse contra los riesgos de dictaduras. Aunque, y es lo más importante, ese riesgo ya no existe. El arraigo de la democracia es tal —tanto en el ámbito interno como en el del entorno continental— que cualquier aventura dictatorial es impensable. El principio de la no reelección presenta muchos inconvenientes mayores para la gestión de las sociedades latinoamericanas abiertas y complejas del siglo XXI. Tiene como consecuencia, entre otras, la discontinuidad administrativa en países que no conocen, o conocen poco, el servicio civil de carrera y practican el *spoils system* a gran escala.²⁸ Cuando es imposible elaborar programas más allá de cuatro o cinco años, lanzar políticas a corto plazo no es la manera más propicia para desarrollar

²⁷ La larga revolución iniciada en 1910 encuentra su origen en la pretensión de un presidente dictador (Porfirio Díaz) de presentarse para un cuarto mandato con el método de traficar las urnas. La divisa de México “Sufragio efectivo, no reelección” se aplicó desde entonces hasta 2014 a todos los niveles (presidente, diputado, senador, gobernador, alcalde y consejeros municipales).

²⁸ Por ejemplo, en Brasil, por lo que se refiere únicamente al Ejecutivo federal, se evaluaba a finales de 2011 en más de 21,000 el número de las personas “de confianza”, es decir, totalmente ligadas al vencedor de las elecciones (Frédéric Louault, “Brésil : un enracinement démocratique continu”, *Questions internationales*, (55), 2012, p. 25.

políticas de envergadura. Y, como colofón, esta acción a corto plazo constituye un caldo de cultivo benéfico para la corrupción (los políticos tienen que asegurarse el futuro para cuando dejen el poder).

Multiculturalismo y constituciones indigenistas

Sin duda, la aportación mayor del nuevo constitucionalismo latinoamericano es el multiculturalismo y el indigenismo. Es cierto que desde la década de 1980, en varios países de América Latina, hubo numerosos conflictos para el reconocimiento de identidades culturales comunitarias que habían sido negadas, y en algunos la creación de organizaciones o partidos indigenistas. Es cierto también que en el ámbito internacional durante el mismo periodo se produjo una toma de conciencia de la necesidad de reconocer los derechos de los pueblos originarios o pueblos autóctonos, y de poner fin a la exclusión a la que han estado sometidos desde siempre.

Reconocimiento de los derechos de los pueblos autóctonos

En 1989, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que afirma en su artículo 2:

Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

En 2001, la Unesco adoptó la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, que afirma en sus dos primeros artículos que la diversidad cultural es un “patrimonio común de la humanidad” y que es “indispensable” reconocer el pluralismo cultural interno a las sociedades. En el mismo año, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) creó un “Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas” y nombró al antropólogo mexicano Rodolfo Stavenhagen para este cargo. En 2007, la Asamblea

General de la ONU adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que afirma en su artículo 3: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

Como consecuencia de la evolución internacional y del surgimiento del indigenismo político, la mayoría de las constituciones recientes reconoce el multiculturalismo y varias de éstas conceden a las minorías étnicas —en los estados donde existen— un estatuto que garantiza a sus miembros una ciudadanía específica.

Reconocer la existencia de poblaciones autóctonas es ahora más importante ya que hasta entonces las cartas magnas las ignoraban (excepto en México). Es cierto que el componente indígena es muy variable según los países. Hay 2 con una mayoría indígena, Bolivia (71%) y Guatemala (66%); 2 tienen una casi paridad, Perú (47%) y Ecuador (43%); algunos tienen una fuerte minoría, Belice (18%), Honduras (15%) y México (14%), y todos los demás tienen menos de 10%. La media en América Latina es de 11%.²⁹

Este reconocimiento toma formas diversas. Algunas constituciones (México, Colombia, Bolivia, Ecuador) consagran derechos muy extensos a las comunidades indígenas, particularmente en materia de propiedad colectiva de la tierra, de representación política específica, de multilingüismo y de justicia consuetudinaria. Otras reconocen únicamente algunos de estos derechos. Sólo dos países con Constitución reciente, Chile y Costa Rica, quedaron fuera de este vasto movimiento de reconocimiento de derechos específicos a las poblaciones autóctonas.

Pero en Bolivia, Ecuador y Venezuela se está configurando un nuevo modelo de Estado que se define por una serie de calificativos: “Estado democrático y social de derecho y justicia” (Venezuela), “Estado constitucional de derechos y justicia” (Ecuador), “Estado unitario social de derecho plurinacional y comunitario” (Bolivia). Estas tres constituciones otorgan un papel social importante al Estado,³⁰ pero sobre todo

²⁹ Rachel Sieder, “Pueblos indígenas y derecho(s) en América latina”, en César Rodríguez Garavito, coord., *El derecho en América Latina, op. cit.*, tabla 1, p. 304.

³⁰ Acerca de esta cuestión, véase Josefina A. Méndez López y Daniela Cutié Mustelier, “La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada desde la perspectiva de los derechos”, *Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*, verano 2010, pp. 102 sq.

reconocen la importancia de la cultura indígena, sus conocimientos, valores, cultura, creencias, medicinas, derechos al uso exclusivo de los recursos presentes donde viven y su derecho a autogobernarse (designación de las autoridades locales, justicia consuetudinaria, etcétera). La pregunta a la que hoy día nadie tiene la respuesta es: ¿cómo organizar este tipo de Estado para que sea gobernable?

Al respecto, la Constitución mexicana de 1917 había abierto un camino novedoso. Después de afirmar que la nación era una e indivisible, su extenso artículo 2 recuerda lo siguiente:

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

El resto del artículo detalla los derechos consuetudinarios de los indígenas en materia de organización interna, designación de sus dirigentes, resolución de los conflictos internos y desarrollo de la economía local, y deja a los estados federados la tarea de legislar con el fin de garantizar y organizar las modalidades para ejercer todos esos derechos.

Una profunda reforma agraria, iniciada al terminar la Revolución, pero puesta en marcha en la década de 1930, había reconocido el derecho de los campesinos a cultivar tierras comunitarias no alienables (los ejidos). El Instituto Nacional Indigenista (INI) fue creado en 1948 con el fin de proteger a las culturas indígenas y promover la enseñanza bilingüe en la escuela primaria. Este organismo cedió el lugar en 2003 a la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Algunos estados mexicanos reformaron sus constituciones para combinar el derecho común nacional con las costumbres indígenas. Varios reconocen, desde entonces, la justicia consuetudinaria indígena, con la condición de que ésta no afecte a los derechos del hombre garantizados por el Estado federal. Este mismo reconocimiento se encuentra en las constituciones de Perú, Ecuador y Bolivia, según las modalidades propias de cada país, pero aplicando el mismo principio: en caso de conflicto jurídico, el derecho común nacional prima ante el derecho consuetudinario.

La gran cuestión es saber si los poderes ejecutivos tienen los medios suficientes para hacer respetar el derecho común en todo el territorio nacional. La experiencia demuestra que la mayoría de las veces no es el caso, y abundan los ejemplos de juicios consuetudinarios en el ámbito penal que atentan gravemente contra los derechos humanos más elementales (Bolivia, Ecuador, Perú y México).

Por lo que se refiere a la representación política, la Constitución colombiana reserva 2 escaños de senadores a los indígenas (elegidos en una circunscripción nacional única), la de Venezuela reserva 3 escaños de diputados (en 3 circunscripciones) y la de Bolivia 7 escaños de diputados (designados según procedimientos comunitarios). Este reconocimiento a una representación política propia plantea cuestiones muy difíciles.

En primer lugar, ¿quién es el elector? Los documentos de identidad no precisan la pertenencia étnica. Para ser elector hay que declararse indígena. Ahora bien, en todos los países el término *indígena* o *indio* es peyorativo. Si por una parte puede ser reivindicado en el ámbito comunitario en una acción colectiva, por otra no puede serlo individualmente por personas que han dejado la comunidad para ir a buscar medios de subsistencia en las ciudades. El tamaño de las circunscripciones representa otra dificultad. En un país tan vasto y montañoso como Colombia, ¿qué representatividad pueden tener personas elegidas que nunca han tenido un verdadero contacto con la mayoría de sus electores? Y, para terminar, en un país como Bolivia, que reconoce 34 nacionalidades, ¿cómo evitar la dominación de las dos nacionalidades más importantes numéricamente (quechua y aimara) ante las demás? Las experiencias son demasiado recientes para poder hacer un balance de todas estas innovaciones, pero nadie pone en duda que son portadoras de tensiones y contradicciones.

Por lo que respecta a la representación local, el problema es más sencillo. Varios estados de México reconocen las prácticas consuetudinarias para la designación de las autoridades municipales según un mecanismo simple: antes de cada elección municipal, o por periodos de tiempo precisos que abarcan varios escrutinios, se llama a los electores para que decidan si desean designar a sus representantes con base en el procedimiento federal de elecciones con sufragio universal, individual y secreto, o si prefieren hacerlo mediante el procedimiento comunitario, colectivo y público.

Luchas de los indígenas

Si el derecho ha tenido que tomar en cuenta esta realidad es porque, a lo largo de los últimos 20 o 30 años, las reivindicaciones de reconocimiento de los derechos consuetudinarios indígenas han ido aumentando, incluso en los países (como el caso de Chile) donde dichas comunidades son muy minoritarias. La manifestación más espectacular fue la del levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), en 1994, en el estado de Chiapas, México. Este levantamiento pacífico de indígenas sin armas ocupó las primeras páginas de los medios durante varios años, después de las movilizaciones organizadas por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie), creada en 1986, y antes de que se conocieran las luchas indígenas en Perú, Brasil, Bolivia y Centroamérica.

El reconocimiento jurídico de derechos específicos ha nutrido reclamos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o la OIT, acciones de amparo en México, de tutela en Colombia, etcétera. Aunque los resultados hasta la fecha hayan sido limitados, no cabe duda de que “estos cambios constitucionales han transformado los derechos de los pueblos indígenas en derechos potencialmente justiciables”,³¹ y han nutrido numerosas reivindicaciones colectivas desde el inicio de este siglo.

El desarrollo actual en la región andina de lo que se ha llamado indigenismo político —portador de una identidad colectiva indigenista y apoyado sobre sólidas bases jurídicas— es capaz de desordenar considerablemente el funcionamiento de los regímenes políticos y de influir seriamente en la puesta en marcha de un nuevo orden político. El reconocimiento de identidades etnoculturales en las constituciones de Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia perturba el marco político, al crear nuevas categorías de ciudadanos. En Bolivia, algunas de las 34 nacionalidades reconocidas no conciernen más que a unas cuantas centenas de individuos, mientras que por otro lado, las comunidades aimaras y quechuas suman casi la mitad de la población nacional. Ahora bien, constitucionalmente todas tienen derecho a reivindicar su ciudadanía

³¹ Rachel Sieder, “Pueblos indígenas y derecho(s) en América latina”, *op. cit.* p. 308.

específica, independientemente de su importancia numérica. Así, se ha visto surgir tensiones interétnicas desde principios de la década de 2010, en particular cuando se trata de proyectos de infraestructuras.

Este reconocimiento jurídico del hecho étnico en la Constitución boliviana puede analizarse en el marco teórico elaborado por Arend Lijphart: la democracia consociativa, a propósito de Bélgica y los Países Bajos; es decir, la organización de un sistema político de doble representación, con una ciudadanía fundada en la pertenencia a un Estado-nación y otra fundada en la pertenencia a las comunidades que segmentan dicho Estado-nación.³² Los debates actuales en España acerca de la transformación del sistema de las autonomías, en particular con las reivindicaciones identitarias catalana y vasca, van en ese sentido.

Bolivia aparece, entonces, como el adalid de la democracia consociativa. El presidente debe arbitrar a menudo entre intereses opuestos, materiales o culturales, de las comunidades. El conflicto de los Territorio Indígena y Parque Natural Isiboro Secure (TIPNIS) es emblemático. Comunidades indígenas de Amazonía se opusieron en 2012, con éxito, a la construcción de una carretera que atravesaba su territorio, apoyándose en su derecho constitucional de ser consultadas antes de cualquier proyecto de infraestructuras, lo cual no se había hecho. Este proyecto sacó a la luz las tensiones que pueden existir entre comunidades y gobierno. El presidente Evo Morales tuvo que retirar el proyecto, ya que temía ver a las pequeñas comunidades insurreccionarse contra la dominación aimara, la etnia de la que procede. La institucionalización de estos comunitarismos en algunos países andinos —hoy en día en Bélgica o mañana quizá en España— fija una ruptura radical con los dogmas del universalismo liberal al que se adherían tradicionalmente los constituyentes latinoamericanos.

En una época en la que los excesos de la globalización exacerbaban los particularismos, la confrontación entre tradicionalismo comunitario y tradición liberal universalista podría desembocar en tensiones

³² Entre los numerosos trabajos de Arend Lijphart acerca de la cuestión, se puede remitir al número de la *Revue internationale de politique comparée* que él coordinó junto con Thomas Hottinger, "La démocratie consociative", 4 (3), 1997.

políticas extremadamente fuertes. Salvo si el considerable poder atribuido por las nuevas cartas magnas a los presidentes les diera los medios para gestionarlas.

Conclusión

De esta presentación del constitucionalismo latinoamericano se pueden sacar varias enseñanzas. La primera es que las cartas magnas, a pesar de la complejidad y de las innovaciones introducidas, han cumplido muy bien su papel. Cada vez que los jefes de Estado no han terminado su mandato, las reglas constitucionales han sido respetadas, salvo en Honduras en 2009.³³ En esta parte del mundo donde la alternancia política, la mayoría de veces, era el resultado de golpes de Estado, el hecho merece ser recalcado.

¿Esto quiere decir que la democracia está durablemente implantada? ¿Es sólido el respeto a la legalidad constitucional? Probablemente. Pero aun cuando el funcionamiento del principio mayoritario en el respeto a la legalidad está en general bien visto, en algunos estados se acompaña de la voluntad de los presidentes en funciones de instrumentalizar el derecho para ponerlo al servicio de su permanencia en el poder. Desde esta perspectiva, todos los recursos del derecho positivo son susceptibles de ser instrumentalizados por la mayoría que ejerce el poder, en vez de estar al servicio de los ciudadanos. Esta visión reductora del derecho es tanto una herencia de las presidencias oligárquicas del pasado como un invento del periodo reciente.

La segunda enseñanza es que los ambiciosos proyectos de la sociedad con estas constituciones tardan en ver la luz por falta de medios institucionales suficientes para lanzarlos. Sin embargo, la codificación de una serie de nuevos derechos es una palanca poderosa para fomentar el nacimiento de reivindicaciones y alimentar movimientos sociales. La vida política de las sociedades corre el riesgo de conocer cada

³³ La destitución por el Parlamento de Paraguay del presidente Fernando Lugo, en 2012, se hizo respetando las formas constitucionales, pero basándose en motivos que los demás países miembro de Mercosur contestaron. Decidieron suspender la participación de aquel país hasta la elección del nuevo presidente.

vez más conflictos. El crecimiento continuo de la clase media y la reducción sensible de la pobreza en la década del 2000 han permitido la emergencia de demandas nuevas en muchos países.

La tercera enseñanza es que el acto electoral se ha convertido en un verdadero acto fundador de la ciudadanía. Las jurisdicciones electorales nuevas, a pesar de la innumerable cantidad de contestación que han ocasionado, en su conjunto, han garantizado procesos muchísimo más transparentes hoy que ayer. A partir del momento en que las elecciones están cada vez más mediatizadas, en que numerosos observadores internacionales —Organización de los Estados Americanos (OEA), Unión Europea (UE) y organizaciones no gubernamentales— están presentes, el riesgo de fraude disminuye. El caso mexicano, ya se ha visto, es significativo.

La última enseñanza, para terminar, concierne a la relación entre el constitucionalismo latinoamericano y los modelos llegados de otras partes. Por un lado, el Constituyente latinoamericano ha seguido fielmente la herencia de los padres fundadores de la independencia, se ha inspirado en los textos de otros lugares y los ha adaptado a su realidad. Por otro, en cambio, los intentos recientes de algunos países de integrar categorías sociales y culturales en un fenómeno constitucional de tipo comunitario son totalmente novedosos, y perturban completamente el orden político tradicional: nadie puede proyectar hoy cuál será el orden jurídico en los decenios futuros.

Justicia constitucional de las libertades. De la Constitución a la suprema corte*

Freddy Domínguez-Nárez**

En este capítulo se analiza el efecto que tiene la política en las libertades, así como el sentido político, constitucional y jurisdiccional de dichas libertades. Estas tres nociones de la libertad, que en apariencia se complementan hasta fortalecerlas, en realidad contribuyen a debilitarlas y a acotarlas. El núcleo de libertades básicas fundamenta la constitucionalidad de la política. Por ésta se entiende al conjunto de normas establecidas en una Constitución que definen el funcionamiento de las instituciones, pero también los procedimientos por medio de los cuales se llevan a cabo los procesos políticos.

La constitucionalidad de la política es acotada por dos nociones diametralmente opuestas. Por un lado, mientras la política es la expresión y conclusión de disensos para hacer avanzar a la sociedad y al sistema político, por otro lado, las libertades son continuamente acosadas y limitadas por el poder, cuya razón instrumental tiene un pragmatismo autoritario: utilizar todas las instituciones públicas, incluida la separación de poderes, para el control de las libertades. El sentido y el significado de las libertades se mueven y cambian constantemente en una sociedad de acuerdo con las ideologías, las creencias, o las

* Este trabajo es resultado de las investigaciones llevadas a cabo como *visiting professor* en la Université Paris Nord XIII Sorbonne-Paris-Cité en 2014.

** Investigador asociado del CRICCAL de la Université de la Sorbonne-Nouvelle Paris III y profesor investigador de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

categorías de desarrollo político que predominen. Y es mediante la jurisprudencia constitucional que las libertades pasan de ser declaraciones rígidas en la Constitución a instrumentos de precisión para la felicidad o la desgracia sociopolítica de los ciudadanos. El análisis de este fenómeno que traslada la fuente del sentido y del significado de las libertades de la Constitución a la suprema corte es la parte central de este escrito.

De la Constitución a la suprema corte

La relación entre derecho y política tiene dos dimensiones de estudio. Por un lado, las teorías política y del derecho constitucional se complementan y se entrelazan para el estudio y el diseño de los sistemas políticos y constitucionales. Por otro lado, los estudios empíricos acerca de la práctica del derecho y de la práctica política no pueden considerarse completos si esos análisis no toman en cuenta los efectos que tienen una en la otra. Evidentemente, se habla de estudios críticos y de estudios de los fenómenos políticos y jurídicos, no de aquellos que sólo describen el funcionamiento de los sistemas jurídicos y políticos.

Desde la teoría contractualista, el concepto de libertad tiene diferentes formas y su efectividad varía de acuerdo con la voluntad de la élite en el poder. Las libertades básicas (de asociación, de creencia, de expresión, de tránsito, de votar y ser votado, entre otras), que comenzaron como fuente de los sistemas constitucionales a partir de la Ilustración, se han vuelto vulnerables frente a la sofisticación del autoritarismo o de la arbitrariedad de los gobiernos formalmente democráticos.

En México, las libertades garantizadas en la Constitución han conocido límites; éstos se encuentran en su sentido y en su significado. En un principio, las libertades consagradas en la Constitución de 1917 fueron acotadas por el régimen autoritario que se desarrolló desde el fin de la Revolución y que, con la forma de un pluralismo constitucional,¹ aún subsiste en la actualidad.

¹ Se llama pluralismo constitucional a una categoría alcanzada por los regímenes autoritarios en un alto grado de sofisticación. La cuestión consiste en que la fuente de la gobernabilidad

La liberalización del sistema político autoritario que el gobierno promovió entre 1983 y 1997 permitió a los ciudadanos y a la oposición política cambiar la dinámica de la competencia política. Esto trajo como consecuencia dos fenómenos importantes: la cohabitación política y la alternancia en el poder. La cohabitación política implicó que el partido oficial —el Partido Revolucionario Institucional (PRI), que desde 1929 tenía el control férreo, es decir, la mayoría absoluta en el Congreso federal, en las gubernaturas, en los congresos locales, en las alcaldías, en las regidurías y en la burocracia— ahora debía compartir el poder. Esto no implicó que la élite financiera y política del partido oficial perdiera el control del sistema político. Al contrario, se aprovechó el otro fenómeno: la alternancia en el poder —es decir, la sucesión alternada de un partido y otro en los puestos de elección popular y en ciertos puestos de la burocracia del Poder Ejecutivo— para que, por medio de alianzas o acotamiento de distancias ideológicas y programáticas, se consolidaran fundamentalmente dos asuntos: dar cohesión y seguimiento a un proyecto económico de corte neoliberal, y controlar los alcances de las libertades constitucionales.

La práctica de las libertades, que habían tenido siempre un valor como legitimadoras de los rasgos aparentemente democráticos del régimen autoritario y se esperaba que se convirtieran en valores efectivos de la sociedad civil y de la competencia política, terminó por ser compleja. Esto ocurrió cuando los procedimientos para hacerlas valer volvieron relativa su eficacia.

política deja de ser el discurso del poder y la correlación de fuerzas políticas en la división de poderes o en el sistema electoral. Ahora, la fuente de legitimación proviene de una institución jurisdiccional como la suprema corte, pues el sistema político es conflictivo en formas en las que la Constitución no contempla solución. Es así como los actores en disputa, que pueden ser el Poder Legislativo contra el Poder Ejecutivo, acuden a la suprema corte o al tribunal constitucional a litigar la Constitución para obtener la razón y erigirse en ganadores del litigio constitucional (el cual se habrá convertido en un enfrentamiento político). Cuando hay una disputa por ver quién tiene la razón de acuerdo con la Constitución, se recurre a la suprema corte para que la interprete. El alto grado y número de conflictos interinstitucionales ha terminado por hacer del pluralismo una fuente de litigios constitucionales. La suprema corte se ha convertido en un centro generador de ganadores y perdedores en el sistema, pues las jurisprudencias constitucionales no significan sólo un fallo jurisdiccional para dar la razón constitucional a una de las partes. El sentido de fondo es que genera legitimación para uno y deslegitimación para otro. El planteamiento teórico político-constitucional del pluralismo constitucional fue planteado por el que suscribe en la conferencia “Pluralismo constitucional: gobernabilidad en regímenes autoritarios y democráticos” (Domínguez 2014).

¿Cómo se vuelve relativa la eficacia de las libertades constitucionales? Esto puede suceder si los jueces constitucionales o los ministros de una suprema corte, que concentran la capacidad de interpretación constitucional, responden a intereses del presidencialismo. Entonces, el sentido y el significado de las libertades se desplazan de la Constitución —con su redacción y sus preceptos originales— a la jurisprudencia constitucional que ellos emiten. Ahí se filtrará una noción limitada de las libertades para dar margen de maniobra al poder. Y en la jurisprudencia constitucional esas cuestiones pueden terminar resueltas con criterios que beneficien la voluntad del poder respecto a las libertades.

¿Cómo puede suceder esto? En teoría, la suprema corte es un órgano autónomo respecto al Poder Ejecutivo, pero en el presidencialismo mexicano la selección de sus ministros está diseñada para que aquellos que logren ser elegidos por el Senado —de la terna que el presidente le envía— sean más bien hombres del presidente y no individuos con independencia como autoridades jurisdiccionales. Esto lleva a la cuestión de que la interpretación constitucional de las libertades por una suprema corte así seleccionada puede estar supeditada a los intereses políticos del presidente.

Como se ha sostenido en otro estudio, en teoría, la suprema corte es guardiana de la Constitución, encargada de cuidarla de los efectos arbitrarios y abusos del poder político. Pero el riesgo de una suprema corte sensible a la voluntad del presidente es que puede convertirse en un órgano encargado de proteger al poder político de los efectos de la Carta Magna. Al llegar a ese punto se percibe que la Constitución expresa la modernidad de la Ilustración, mientras que la suprema corte, la voluntad del poder.

Este fenómeno no es nuevo en la historia política ni en la historia de las ideas. De hecho, el asunto de las libertades frente al poder se concentra, desde hace más de dos siglos, en la cuestión del discurso. ¿Qué son las libertades constitucionales una vez que sobrepasan su condición de declaración filosófica y se asientan en un documento político sino un discurso establecido y dirigido por el Estado? Las libertades, su concepto, su sentido y su significado, contribuyen al prestigio de la logofilia de las sociedades desde la Ilustración. Pero junto a esta logofilia ha corrido paralelamente una logofobia. Logofilia y logofobia constitucional, en este caso, representan los dos polos eternamente

opuestos: por un lado, una sociedad civil que exige la garantía de sus libertades, las promueve y las discute; por otro lado, un poder político cuyo objetivo es acotar, interpretar y eliminar, lo más posible, la expresión de esas libertades que tienden a cuestionarlo. El punto de partida y de llegada es el discurso de las libertades, cuyo momento político estelar es el texto constitucional. Este discurso de la libertad está marcado por lo que Michel Foucault señaló acerca del temor que todo discurso genera en la misma sociedad que lo germina.

Ahora bien, parece que con esta aparente veneración del discurso, con esta aparente logofilia, se esconde una suerte de temor. Todo ocurre como si lo prohibido, los obstáculos, los umbrales y los límites hubieran sido dispuestos de manera que sea controlada —al menos en parte— la gran proliferación del discurso, de tal forma que su riqueza sea aligerada de su parte más peligrosa y que su desorden sea organizado según las figuras que esquivan lo más incontrolable; todo ocurre como si se hubiera querido borrar hasta las marcas de su irrupción en los juegos del pensamiento y de la lengua. Sin duda, hay en la sociedad —y quizá en todas las otras, pero según un perfil diferente— una profunda logofobia, una suerte de miedo sordo contra esos sucesos, contra esa masa de cosas dichas, contra el surgimiento de todos esos enunciados, contra todo lo que puede haber ahí de violento, de discontinuo, de batallador, de desorden también, y de peligroso, contra todo ese zumbido incesante y desordenado del discurso (Foucault 1971, 52-3).

Libertades y mercado jurisdiccional

¿Qué es un mercado jurisdiccional? Con esta expresión se designa un fenómeno particular en la justicia constitucional. Se presenta cuando, en un periodo de tiempo, una suprema corte —o, en su caso, un tribunal constitucional— diseña fallos constitucionales sesgados, es decir, emite jurisprudencia constitucional con contenidos tendenciosos que favorecerán grupos o corporaciones políticas. En el mercado jurisdiccional, la jurisprudencia constitucional, particularmente la que impacta en asuntos políticos, responderá a requerimientos específicos para proteger a intereses de las élites en el poder. Cuando una suprema corte o tribunal constitucional es receptivo y está disponible a someterse a

las voluntades del poder político, se crea un mercado jurisdiccional en este caso, pues el objeto de la compra-venta o del trueque es precisamente la interpretación de la Constitución. Todos los que tienen poder buscarán influenciar, presionar, intercambiar favores o, incluso, en las democracias débiles, comprar sentencias constitucionales.

El mercado se consolida en la medida que el sistema político es altamente conflictivo y los jugadores con veto o sin veto deban acudir a un litigio constitucional. La razón por la cual es tan codiciado el mercado jurisdiccional es porque ese litigio fortalecerá o debilitará a los jugadores en el sistema político, pues no se trata solamente de un fallo jurisdiccional para determinar quién tiene la razón de acuerdo con la Constitución. Se trata, fundamentalmente, de una fuente de legitimación (o deslegitimación, según el caso) de fuerzas políticas, que puede impactar positiva o negativamente su subsistencia en el sistema político.

El mercado jurisdiccional promueve el acotamiento de las libertades en las jurisprudencias constitucionales. Hay que observar que las libertades tienen dos dimensiones constitucionales. Por un lado, la que configura el texto constitucional en sí mismo. Su naturaleza es rígida, aunque es litigable, y debe asegurar que el paso del tiempo y los cambios generacionales, sociales y políticos no la limiten, acoten o anulen. En esta dimensión, las libertades son una declaración filosófica y un programa político. Tienen una naturaleza conceptual y categórica. En el texto constitucional, las libertades garantizadas conforman el núcleo del éxito de la Constitución como documento de moral pública, de bien público y de humanismo constitucional. Por otro lado, las libertades se ven ampliadas o acotadas en la dimensión jurisprudencial. Aquí la interpretación constitucional determinará, en ciertas coyunturas, la vigencia y los alcances de las libertades. Aunque la jurisprudencia constitucional tiene el mismo peso legal que la Carta Magna, hay que recordar que —en sí— no es la Constitución.

Además, no hay que olvidar que la interpretación constitucional tiene lo que aquí habrá de llamarse dos llaves maestras en el sistema constitucional, que —como se verá— son la clave para la aparición de un mercado jurisdiccional. Una de éstas es el hecho de que los ministros o jueces constitucionales pueden interpretar la Constitución acerca de las contradicciones, lagunas, o de lo que no está escrito en la Carta Magna, es decir, respecto a los vacíos constitucionales. Pero

también pueden hacerlo acerca de todo lo que sí está escrito en la Constitución, lo que les da un poder políticamente sobrenatural, por encima de la naturaleza de sus funciones, para amparar cualquier cosa que ellos decidan cobijar con una lógica constitucional. La otra llave maestra es que, a diferencia del texto constitucional, el cual es consagratorio de las libertades, la jurisprudencia constitucional puede moverse en una u otra dirección de acuerdo con circunstancias y coyunturas. Para eso, basta que se emita una nueva jurisprudencia constitucional de una misma cuestión para cambiar los criterios sostenidos en una anterior.

Esta inestabilidad de la jurisprudencia constitucional, cuando no produce criterios que fortalecen los preceptos constitucionales, puede hacer mucho daño a las libertades. Y no se trata aquí, por supuesto, de lo que se conoce como inestabilidad constitucional, que es un fenómeno diferente, el cual asegura precisamente la Constitución viviente, pues esta inestabilidad constitucional indica que la Carta Magna puede ser litigable, reformable y perfeccionable. La jurisprudencia constitucional, en cambio, por el hecho de que no es considerada plenamente materia litigable, se convierte en una dimensión peligrosa para las libertades en los periodos en que la suprema corte actúa como una dependencia del Poder Ejecutivo. Pero el peligro no existe solamente en este tipo de dependencia. También lo hay cuando los ministros responden a sus intereses originados por la ambición política, la ideología, la filiación religiosa o la expresión de su *ethos* cultural.

Cuando la inestabilidad de la jurisprudencia constitucional comienza a ser frecuente, el sentido y significado original de las libertades que se encuentran en la Constitución dejan de ser el referente en los debates y en los argumentos. Aquellas libertades que dan origen a la política, por ejemplo, pierden paulatinamente su esencia como fuente de constitucionalidad de la política. Cuando estas libertades son redefinidas y delimitadas por la suprema corte, las definiciones de éstas se trasladan de la Constitución a la mesa de los ministros. Cuando la suprema corte ocurre a confirmar la literalidad de la letra constitucional que se presta a una oscura posición neutral de dejar hacer y dejar pasar, o a introducir una noción contenida a veces en una palabra o en una expresión que cambia en definitiva el sentido de la letra constitucional, las libertades quedan al arbitrio de una concepción metaconstitucional.

Como ya se dijo, la jurisprudencia constitucional nunca podrá ser parte de la Constitución. El rango constitucional que tienen las libertades es una categoría jerárquica, pero no quiere decir que formen parte del contenido de la Carta Magna. Ahora bien, si la suprema corte renuncia a la posibilidad de una interpretación amplia de las libertades, sugerida por el texto constitucional, y en vez de esto marca un perímetro conceptual, lingüístico, semántico o sintáctico de los preceptos constitucionales, en ese momento éstas pueden estar en caída libre como valores legitimadores de la política y como defensoras de los derechos humanos. Incluso, la constitucionalidad de la política, que es —como se ha dicho— construida por las libertades constitucionales, no sería más el techo del mercado político institucional. Y, de seguir así, los acotamientos y perímetros jurisprudenciales de las libertades provocarán que éstas desaparezcan como razón política del mercado político.

La constitucionalidad de la política es armada por la dinámica del derecho constitucional. Dicho de manera concreta, la constitucionalidad de la política debe tener un coeficiente en la justicia constitucional. Pero cuando ésta no es neutral y los jueces constitucionales o ministros de la suprema corte forman parte más bien de una escenografía democrática, la política sólo tiene una decoración constitucional. Aquí se considera que tanto los procesos políticos como las elecciones, por ejemplo, que pueden ser cumplidos en sus tiempos (elecciones para presidente cada seis años, para diputados cada tres años, etcétera), no son garantía de constitucionalidad de la política. En muchos regímenes presidencialistas, las elecciones son más bien referendarias, casi procedimentales, pues son controladas por el poder.

Ahora bien, las libertades pueden ser acotadas también por las limitaciones procedimentales. Se entiende aquí por limitación procedimental a aquellas disposiciones que establecen la organización de los procesos políticos, es decir, la manera como se procede para aceptar jugadores y para llevar a cabo su dinámica y sus objetivos. Las limitaciones a las libertades políticas que permiten a los jugadores participar y ganar —y que están garantizadas en la Constitución— se encuentran casi siempre en una legislación de segunda, tercera o cuarta categoría, como las leyes, los reglamentos, los bandos de policía y buen gobierno, y los memorándums. Al detalle, los procedimientos para llevar a

cabo un proceso político (de consulta, de elección, de referéndum o plebiscito) pueden resultar excluyentes, discriminatorios o, cuando menos, tendenciosos. A éstos se agregan los procedimientos activados *de facto* por el gobierno cuando gira instrucciones administrativas que pueden alterar el ejercicio de las libertades. Los funcionarios no son neutrales. Finalmente, no hay una sola selección de un titular de un organismo público, incluso de organismos autónomos constitucionales, que no esté supeditada a una negociación política formal o informal.

El mercado político institucional que rediseñan estas limitaciones procedimentales termina alejado de la legitimidad democrática. La constitucionalidad de la política es, así, puesta en jaque y desmantelada a la vista y, a veces, con la aprobación de los ciudadanos. El dilema de orden y progreso que acompaña a las políticas procedimentales es siempre seductor para las sociedades. A esto contribuye el desorden que provocan los procedimientos y los procesos, por ejemplo, en una democracia en consolidación; dan la nota de confusión a la sociedad de que todo lo que se hace invocando a la Constitución es la vía correcta, aunque dicha invocación avale un método que en el fondo busca el desmantelamiento de la vigencia de la propia Carta Magna.

Conclusiones. Libertades y razón política

La relación entre las libertades y la razón política en las sociedades contemporáneas tiene al menos dos categorías. En una, la efectividad de las libertades es el presupuesto del equilibrio político y de la gobernabilidad; en otra, la armonía entre libertades y razón se rompe. Esta categoría es la de las normas que establecen los alcances de las libertades, pero también la jurisprudencia constitucional. Ciertas libertades políticas pueden ser limitadas o francamente anuladas por una decisión jurisdiccional.

Las veces que en Ecuador, en 2009, y en Egipto, en 2013, la corte suprema declaró la inconstitucionalidad de los actos de los presidentes de esos dos países para legitimar un golpe de Estado son un ejemplo contundente. En esos dos casos, los presidentes habían alcanzado la titularidad del Poder Ejecutivo mediante el voto popular y fueron depuestos por decisión de un cuerpo colegiado de ministros. Si en algún

momento el gobierno de los jueces mostró su poder y su estatus de peligro para la libertad ha sido, hasta ahora, en esas dos ocasiones.

En este escrito se ha discutido, precisamente, este fenómeno y se han identificado varios escenarios mediante los cuales el valor y el significado de las libertades dejan de ser lo que dicta la Constitución para dar paso a lo que diseñan los jueces constitucionales de un tribunal constitucional o de una suprema corte. Así, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- 1) Las libertades básicas constitucionales fundamentan la política y el ejercicio del poder.
- 2) La jurisprudencia constitucional origina que las libertades pasen de ser declaraciones rígidas en la Constitución a ser objeto de interpretaciones que le otorgan efectividad a su ejercicio, o bien, que las limita.
- 3) La relatividad de la eficacia de las libertades se debe a que la interpretación del significado de las libertades que hacen los jueces constitucionales puede ser sesgada, particularmente en un sistema político presidencialista, en el que los jueces o ministros de la corte pueden tender a favorecer sus preferencias políticas.
- 4) La tendencia de las jurisprudencias constitucionales a modo —o complacientes con las preferencias políticas e intereses del poder— crea lo que se llama un mercado jurisdiccional. En este mercado los sectores políticos y del poder buscan ampliar sus posibilidades de ganar un fallo constitucional mediante presiones o seducciones, a sabiendas de que los ministros de la corte o los jueces constitucionales son sensibles a esta situación.
- 5) La inestabilidad de la jurisprudencia constitucional —que consiste en la posibilidad de que un criterio jurisprudencial pueda moverse en una u otra dirección cuando se emite una nueva jurisprudencia que sustituye a la anterior— puede poner en peligro los alcances de las libertades. Esto sucederá si la nueva jurisprudencia, en vez de enriquecerlas y protegerlas, las acota.
- 6) Las libertades también pierden su efectividad debido a lo que se llama limitaciones procedimentales, es decir, los procedimientos que estructuran todo proceso político, económico y social. Las reglas procedimentales pueden ser, a veces, un dique para las libertades,

alterar sus alcances y contrarrestar los resultados en un proceso o en un escenario determinado de ejercicio de las libertades.

Fuentes consultadas

- Ackerman, Bruce. 1984. "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution". *The Yale Law Journal* 4 (marzo): 1013-72.
- Aguar de Luque, Luis. 2002. *La justicia constitucional en la actualidad*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Amar, Vikram David y Mark V. Tushnet, eds. 2009. *Global Perspectives on Constitutional Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- Anthony, Gordon. 2008. *Judicial Review in Northern Ireland*. Oxford: Hart Publishing.
- Astudillo Reyes, César I. 2004. *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*. México: UNAM.
- Bellamy, Richard. 2007. *Political Constitutionalism: A Republican Defence of Constitutionality of Democracy*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. 2006. *Introducción al derecho constitucional comparado. Las "formas de Estado" y las "formas de gobierno". Las constituciones modernas*. México: FCE.
- Brewer Carías, Allan-Randolph. 2007. *La justicia constitucional: procesos y procedimientos constitucionales*. México: Porrúa.
- Casal H., Jesús María. 2004. *Constitución y justicia constitucional*. 2ª ed. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Delanay, Hilary. 2009. *Judicial Review of Administrative Action: A Comparative Analysis*. Dublín: Round Hall Thompson Reuters.
- Edlin, Douglas E. 2008. *Judges and Injust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

- Domínguez-Nárez, Freddy. 2014. "Pluralismo constitucional: gobernabilidad en regímenes autoritarios y democráticos" [Conferencia pronunciada en la Université Nord Paris-Sorbonne-Cité, el 20 de noviembre de 2012]. *Políticas y Constitucionalismo. Revista Internacional de Ciencias Políticas, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho*, Vol. 1, 3 (junio-diciembre): 381-94.
- , Gladys Aguilar de la Rosa y Alfredo Islas Colín. 2009. *Laberintos de la Constitución*. México: Juridica & Law Press.
- Elkins, Zachary, Tom Ginsburg y James Melton. 2009. *The Endurance of National Constitutions*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Favoreu, Louis. 1992. *Les Cours constitutionnelles*. París: PUF.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. 2004. *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*. México: Porrúa.
- , coord. 2006. *Derecho procesal constitucional*. México: Porrúa/Colegio de Secretarios de la SCJN.
- y Rodolfo Vega Hernández. 2003. *Justicia constitucional local*. México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.
- Ferreres Comella, Víctor. 1997. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Foucault, Michel. 1971. *Lordre du discours*. París: Gallimard.
- Horowitz, Donald L. 2006. "On Constitutional Courts". *Journal of Democracy* 4 (octubre): 126-37.
- Kramer, Larry. 2004. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Nueva York: Oxford University Press.
- Keith, Linda Camp. 2008. *The U.S. Supreme Court and the Judicial Review of Congress: Two Hundred Years in the Exercise of the Courts Most Potent Power*. Nueva York: Peter Lang.

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions des partis politiques, au Mexique.

Contrôle de constitutionnalité et de légalité, appliqué à la vie interne des partis politiques

Manuel González Oropeza*

Présentation

La démocratie a pour fondement le dialogue et la possibilité offerte aux citoyens d'échanger des idées, de confronter leurs points de vue, de construire et reconstruire leur réalité à l'aide des mots ; en cela, la liberté d'expression est, sans doute, l'un des piliers de l'Etat de droit constitutionnel et démocratique, le ferment de la pluralité politique, du système des partis, de la tenue d'élections concurrentielles, de l'alternance gouvernementale, en résumé, le germe de la démocratie¹.

Depuis plus de vingt ans déjà, a été instauré, dans notre pays, un contrôle judiciaire des élections dans le but de garantir les droits politiques des citoyens, par l'intermédiaire d'une juridiction spécialisée. Choix que seule l'Amérique Latine a fait, étant donné que, dans la majorité des autres pays, les conflits électoraux sont jugés par des tribunaux de droits communs. Cette expérience acquise nous permet aujourd'hui de prendre le recul nécessaire, afin d'imaginer

* Magistrat à la Chambre supérieure du Tribunal Electoral du Pouvoir Judiciaire de la Fédération, au Mexique.

¹ Au cours de la Réunion nationale des juges électoraux, à Villahermosa (Etat de Tabasco), en septembre 2007, l'auteur a exposé plusieurs idées au sujet de la réforme de la justice électorale au Mexique et du contrôle de la constitutionnalité et de la légalité, appliqué à la vie interne des partis politiques.

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

ce que sera le futur de la nouvelle justice électorale, en comptant sur l'aide précieuse apportée par les législateurs, lors de chacune des étapes de la réforme de l'Etat, dont ils ont périodiquement la responsabilité.

Avant cela, il convient de remarquer qu'au cours de ces dernières années, il a été possible dans notre pays de garantir sur le plan judiciaire les droits politiques ; fait nouveau, si l'on considère qu'avant la création des tribunaux électoraux, la protection judiciaire des droits politiques a été impossible à matérialiser. Cela constitue sans aucun doute l'une des plus grandes réussites de la transition démocratique, obtenue grâce au travail accompli non seulement par le Tribunal Electoral du Pouvoir Judiciaire de la Fédération, mais aussi, par l'ensemble des tribunaux du pays. Nous parlons en effet de la protection de droits politiques oubliés depuis plus de 150 ans et la polémique Iglesias-Vallarta², qui, pour divers motifs, allant de leur inadéquate « positivisation » à une interprétation judiciaire restrictive, n'étaient pas garantis judiciairement, contrairement à aujourd'hui, grâce à cette juridiction spécialisée.

Cela dit, la question centrale qui se pose à nous à présent n'est pas tant de savoir quelles sont les raisons du retard historique qu'ont connu les droits politiques au Mexique, mais bien, comment relever les nouveaux défis de la justice électorale. Pour cela, nous devons regarder vers l'avant et nous demander ce que pouvons-nous attendre d'une nouvelle justice électorale et quelles propositions il nous est possible de formuler, dans le cadre du dialogue constant établi entre les juges et les législateurs ?

Le rôle essentiel des juges électoraux dans l'élaboration de la loi

Avant de poursuivre notre réflexion, il nous faut souligner deux éléments importants : le renforcement légal du statut des militants

² Relative à la doctrine des « questions politiques », faisant référence à l'intervention ou non du pouvoir judiciaire dans les controverses électorales (1873-1879).

et le phénomène de la « fragmentation de la législation », qui tendent à accroître et à justifier le travail réalisé par cette institution juridictionnelle spécialisée, en vue de protéger les droits fondamentaux des citoyens et d'initier les lois électorales nécessaires à cette fin.

Ainsi, premièrement, lors de la révision constitutionnelle de 2007 en matière électorale, plusieurs législateurs ont présenté d'importantes réformes, comme celle du député Eduardo Sergio de la Torre Jaramillo, qui a lancé, le 31 juillet de cette même année, un projet de loi fédérale sur les partis politiques, contenant un chapitre entier consacré à leurs militants, dont le statut est actuellement assez flou, notamment en ce qui concerne leur droit et leurs obligations. Thème qui n'est pas nouveau sur le plan doctrinal, vu que des auteurs comme Jaime Cardenas l'ont déjà abordé et ce, depuis 1992. L'article 66 de ce projet propose donc en la matière d'obliger les militants à « veiller à la démocratie interne de leurs partis », ce qui implique qu'ils doivent adopter une position proactive, afin de défendre les éléments fondamentaux de la démocratie, au sein de leur organisation politique.

Deuxièmement, cette proposition de loi est la manifestation d'un processus global qui, en Europe, a reçu le nom de « fragmentation de la législation » et qui est le résultat de la perte du caractère générale et abstrait de la loi présente dans les codes universels du XIX^e siècle. Ce phénomène n'est pas non plus totalement étranger à notre propre tradition juridique. Nous assistons, sans doute, à ce qui s'est déjà passé dans notre pays avec les grands codes. Le Code du commerce, par exemple, qui a été découpé en divers chapitres autonomes entre eux, afin de créer des lois spécifiques. La maturité acquise dans une discipline conduit à ce type de processus. Au lieu de concentrer les principes, la complexité d'une matière exige souvent de détacher certaines composantes pour en faire des lois particulières, ce qui donne lieu, en matière électorale, à des projets de lois sur les partis politiques, comme celui que je viens de mentionner. Il convient aussi d'attirer l'attention sur le fait que ce projet prévoit non seulement de réglementer les partis politiques, mais consacre aussi un chapitre spécifique aux militants. En effet, Les partis politiques, en tant qu'organisations, sont une superstructure dont le fondement même est de regrouper des militants et des citoyens. Ce projet permet, pour la première fois, de réaliser une avancée significative, en créant un

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

chapitre spécifique consacré aux militants, ce qui constitue, à mon humble avis, une évolution importante de la législation. Cette tendance doit être observée avec attention, en raison de sa conformité avec les critères établis servant à définir un Etat de droit constitutionnel, et pour cette raison, mérite d'être saluée.

En ce qui concerne le rôle stricto sensu des juges dans un Etat de droit constitutionnel, les pouvoirs judiciaires qui leurs sont conférés ne se limitent pas aux seules sentences qu'ils prononcent. S'il est vrai qu'ils remplissent une série de fonctions « immédiates », comme le fait de juger les cas concrets qui sont soumis à leur considération, il est tout aussi certain que leur fonction, dans une démocratie, ne prend pas fin, une fois les sentences prononcées. Ainsi, les tribunaux en général, et plus spécialement les tribunaux constitutionnels, de même que ceux qui sont spécialisés en matière électorale, aident à renforcer la sécurité juridique, à transformer les sociétés, à faire en sorte que tout changement social se produise de manière pacifique, aussi sont-ils les protecteurs de la stabilité publique et politique.

Pour cette raison, l'interprétation judiciaire réalisée par les tribunaux revêt une importance capitale dans un Etat Constitutionnel. Celle-ci doit en outre devenir un instrument efficient qui permette non seulement de renforcer la certitude juridique, mais aussi d'aller plus loin, en faisant en sorte que ces interprétations deviennent des lois. Sur ce sujet, le meilleur scénario possible consiste à ce que les tribunaux électoraux jouissent de la compétence constitutionnelle, leur autorisant à initier des lois ou des réformes électorales. Que peut-on souhaiter de mieux en effet qu'un législateur qui suive à la lettre la jurisprudence émise par les tribunaux électoraux et des tribunaux qui puissent initier des lois en la matière !³

³ Une magistrate péruvienne qui a visité au cours du second semestre de 2007, le Tribunal Electoral s'est étonnée qu'au Mexique les magistrats et les tribunaux n'aient pas compétence pour présenter un projet de loi, **alors que c'est cas dans tous les pays d'Amérique Latine. Il ne fait aucun doute que les tribunaux électoraux peuvent aider, grâce à l'interprétation des principes constitutionnels en matière électorale, à résoudre de possibles contradictions ou à remédier aux carences que présentent les lois électorales, que ce soit par cette même interprétation judiciaire, ou parce que le législateur a repris la jurisprudence pour en faire une loi. Comme cela pourra être noté, les propositions et la convergence entre les fonctions législative et juridictionnelle conduit à un accord commun qui ne pourra être trouvé et renforcé qu'à travers le dialogue et des rapprochements réciproques, de la nature de ceux qui sont susmentionnés.**

Le dialogue entre législateurs et juges acquiert donc sur le sujet une grande importance, bien que cela ne soit pas une pratique courante dans notre milieu. En dépit de cela, les tribunaux électoraux apportent leur pierre à l'édifice, à travers l'interprétation des principes constitutionnels, de la législation électorale, ainsi que des réglementations applicables aux partis dans les affaires relevant de leur compétence. Dans les deux cas, les tribunaux se sont révélés une source fiable pour identifier les lacunes et les carences des lois existantes et peuvent, à travers leur jurisprudence, proposer différentes modifications légales, permettant de moderniser constamment la législation en vigueur en matière électorale.

L'évolution des partis politiques et le rôle des militants à travers les recours juridictionnels en vigueur

Les partis politiques, pour leur part, sont passés de leur proscription au XIX^e siècle, à leur reconnaissance légale au XX^e siècle, alors que la consolidation de la démocratie interne aux partis politiques constitue l'un des points essentiels de la démocratie de ce XXI^e siècle.

Ce que l'on a dénommé, depuis les origines de la Constitution, « Pouvoir électoral », placé entre les mains du peuple électeur, est aujourd'hui le fait de citoyens organisés en partis, entités d'intérêt public, influencées par le pouvoir politique, qui, en tant que tel, les oblige à se soumettre aux mêmes règles garanties par la Constitution, que n'importe quelle autre institution publique, que ce soit le principe de la division entre les pouvoirs ou le contrôle judiciaire de leurs actes, entre autres choses.

En plus de cela, les partis politiques nationaux doivent se conformer au système fédéral mexicain, en reconnaissant l'autonomie de leurs comités directeurs, dans les municipalités, et les différents Etats de la fédération, par rapport à leurs instances nationales, afin d'éviter toute centralisation inutile du pouvoir, en matière de sélection des candidats et de prise de décisions au niveau local. Certaines dispositions statutaires des partis politiques reconnaissent déjà ce principe fédéraliste. Cela

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

dit, les partis politiques nationaux ont surtout l'obligation de respecter les mécanismes de décentralisation dans chacune de leurs activités partisans.

Ils doivent aussi tout naturellement respecter l'Etat de Droit, étant donné que leurs statuts sont réglementés par la loi et la Constitution. Par voie de conséquence, les tribunaux électoraux ont compétence pour analyser la régularité ou la conformité aux lois ou à la Constitution, de toute réglementation interne aux partis, et le cas échéant, comme c'est le cas depuis 1999, déclarer nulles les dispositions statutaires et réglementaires contraires à cette même Constitution, ainsi qu'aux lois correspondantes.

D'un point de vue doctrinal, sont considérés comme éléments constitutifs de la démocratie interne aux partis politiques:

- a) les mécanismes de sélection des candidats (Duverger, 1992)
- b) la protection des droits de leurs affiliés
- c) la participation des militants à la formulation de la volonté du parti (Flores Giménez, 1999)
- d) l'élection des dirigeants et la détermination des responsabilités propres aux différents organes du parti (Michels, 1980)
- e) la discipline de leurs membres, au sein du Pouvoir législatif (Duverger, 1951)
- f) le financement du parti (Von Beyme, 1986)
- g) la définition du programme (Stammer, 1980)
- h) la méthode instaurée pour rendre des comptes à l'intérieur du parti (Maravall, 2003), et
- i) la participation des minorités et la sous-représentation de certains secteurs de la société⁴.

Dans ce contexte, la procédure dite de Protection des droits politiques électoraux du citoyen (« Juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano », JDC) a pour vocation d'accroître

⁴ Flavia Freidenberg, "La democratización de los partidos políticos: entre la ilusión y el desencanto", dans: *Fortalecimiento de los partidos políticos en América Latina: institucionalización, democratización y transparencia*, San José de Costa Rica, 2006, pp. 95-96.

le contrôle de légalité et de constitutionnalité des partis. En outre, le militant, quel que soit son parti, constitue l'acteur clé de ce contrôle et le garant de sa réalisation, à travers la Procédure de révision de conformité constitutionnelle (« Juicio de Revisión Constitucional », JRC) qui autorise un parti, et donc ses militants, à dénoncer toute violation à la loi dans les statuts rédigés par les autres partis politiques.

En ce qui concerne les Etats fédéraux, il convient aussi de veiller au respect, en plus de la Constitution locale, des us et coutumes et des candidatures indépendantes, ainsi qu'au renforcement des recours judiciaires et à l'instruction rapide des procédures, liées aux actes et résolutions émises par les partis politiques.

Le contrôle juridictionnel des partis politiques au Mexique

Les autorités publiques et leur responsabilité devant la loi, à travers la procédure dite d'« amparo »

On considère comme l'un des principes fondamentaux de l'Etat de Droit le fait que tout acte d'autorité soit soumis à des mesures de contrôle interne et externe, permettant d'éviter tout abus et violation, à l'encontre des droits individuels. Parmi ces mesures ressort en particulier le contrôle juridictionnel, qui permet de soumettre tout acte d'autorité à un contrôle de constitutionnalité et de légalité, réalisé par des tribunaux ad hoc constitués au préalable.

Le concept d'autorité, contesté devant les tribunaux par l'intermédiaire de la procédure judiciaire de protection des droits constitutionnels, appelée « amparo », a connu diverses modifications, dans le traitement dont il a fait l'objet dans la jurisprudence, depuis sa première définition, exposée dans la thèse jurisprudentielle de 1919. Celle-ci explique en effet que le concept d'autorité s'applique à toute personne disposant de la force publique, « en vertu de circonstances, soit légales, soit de fait, et qui, pour cette même raison, jouit de la possibilité matérielle d'agir en tant qu'autorité à même d'exécuter des

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

actes publics, pour la simple raison que la force dont elle dispose est d'ordre public.»⁵

La force n'est cependant plus à présent l'unique élément de définition du concept d'autorité, étant donné que l'autorité est désormais définie comme celle qui, sur la base d'une norme légale, a compétence pour prendre des décisions ou des résolutions, qui premièrement peuvent affecter de manière *unilatérale les droits de l'intéressé* et deuxièmement réclament le recours à la force publique ou à toute autre autorité.⁶

Même si la thèse jurisprudentielle XXXVI/99⁷ affirme que l'autorité mise en cause dans le cadre d'une *procédure d'« amparo »* doit être un organe de l'État, ayant porté atteinte aux droits de l'un de ses administrés, et exclut de son champ de compétence les conflits juridiques entre particuliers, elle reconnaît que les organes autonomes, qui ne font pas partie de l'État, mais jouissent d'une reconnaissance spéciale dans la loi, en tant qu'autorités, et exercent une fonction publique, financée par des fonds publics, peuvent être mises en cause dans le cadre de cette procédure d'« amparo », telles que, par exemple, les universités publiques.⁸

⁵ Thèse jurisprudentielle num. 300. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988*, deuxième partie, p. 519: "AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO".

⁶ Critère juridique d'application non obligatoire XXVII/1997 Chambre plénière. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta V*, février 1997. p. 118. "AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PÚBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DE GOBERNADO." A. R. 1195/92. Julio Oscar Trasviña Aguilar. 14 novembre 1996.

⁷ Thèse jurisprudentielle. Deuxième Chambre. XXXVI/99. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta IX*. Mars 1999. p. 307: "AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. TIENE ESE CARÁCTER UN ÓRGANO DEL ESTADO QUE AFECTA LA ESFERA JURÍDICA DEL GOBERNADO EN RELACIONES JURÍDICAS QUE NO SE ENTABLAN ENTRE PARTICULARES". Résolution de contradiction entre critères juridiques 71/98. 19 février 1999. (N'a pas valeur de jurisprudence).

⁸ Critère juridique d'application non obligatoire XI/2003. Première Chambre. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVII*. Mai 2003. p. 239: "AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. SU ALCANCE". A. R. 337/2001. Alejandro Echavarría Zarco. 30 mai 2002. De même la thèse jurisprudentielle 12/2002. Deuxième Chambre. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV*. Mars 2002. p. 320: "UNIVERSIDADES PÚBLICAS AUTÓNOMAS. LA DETERMINACIÓN MEDIANTE LA CUAL DESINCORPORAN DE LA ESFERA JURÍDICA DE UN GOBERNADO LOS DERECHOS QUE LE ASISTÍAN AL UBICARSE EN LA SITUACIÓN JURÍDICA DE ALUMNO, CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD

Les partis politiques, entités d'intérêt public, et leur responsabilité face à la loi

Suivant le même raisonnement, depuis 2003, la Chambre supérieure du Tribunal Electoral du Pouvoir Judiciaire de la Fédération a considéré comme recevable toute procédure de protection des droits politiques électoraux, lancée par les militants des partis politiques, contre la violation de leurs droits dont pourraient se rendre coupable la direction de leur parti⁹, créant ainsi une exception vis-à-vis de la mise à l'écart implicite dans le jugement de ce type d'affaires, dont fait l'objet le Tribunal électoral, dans la Loi générale des recours (Ley General de Medios de Impugnación), de 1996.

Par voie de conséquence, les partis politiques sont considérés comme des autorités. De ce fait, ils peuvent être mis en cause dans le cadre de recours électoraux déposés à leur encontre, en tant qu'entités d'intérêt public, dont le rôle, dans les divers processus électoraux, est réglementé par la loi, au même titre que leur fonctionnement, leur financement, leur possible fusion avec un autre parti, et l'enregistrement de leurs candidats, qui sont soumis aux normes établis par l'État, dès leur inscription légale validée. Ils sont donc partie prenante des processus électoraux, à égalité avec les autorités administratives, conformément à l'article 12 de la Loi générale du système des secours (Ley General del Sistema de Medios de Impugnación), jouissant ainsi de la légitimité et de la personnalité juridique requise, dans chacun des recours prévus par cette loi.

Le statut d'entité d'intérêt public attribué aux partis politiques, à l'article 41 de la Constitution, date de la réforme politique du 6 décembre 1977. On dénombre au sein de la jurisprudence rattachée à la « neuvième époque », cinq thèses jurisprudentielles consacrées aux

IMPUGNABLE A TRAVÉS DE JUICIO DE AMPARO". Résolution de contradiction entre critères juridiques 12/2000. 8 février 2002.

⁹ SUP-JDC 84/2003. Serafín López Amador contre la Commission des procédures internes du Comité exécutif national du Parti de la Révolution Institutionnelle. Magistrat chargé des modifications apportées au projet de sentence: Leonel Castillo González. 28 mars 2003. De même, le précédent constitué par la décision prise dans le cadre de la procédure SUP-JDC 92/2003. Ces deux décisions ont abrogé la thèse jurisprudentielle S3ELJ 15/2001 publiée dans la Revista Justicia Electoral 2002, Supplément 5. pp. 19-20.

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

partis politiques, en tant qu'entités d'intérêt public. L'une d'entre elles, la thèse jurisprudentielle d'application obligatoire, numéro 40/2004, prononcée par l'Assemblée plénière de la Cour suprême confirme les obligations auxquelles les partis politiques doivent se soumettre, conformément à l'article constitutionnel susmentionné :

1. être un instrument de la promotion et de la participation démocratique du peuple;
2. prendre part à la formation des institutions politiques représentatives;
3. rendre possible l'exercice du pouvoir public, par le peuple.

La thèse jurisprudentielle 146/2005, émise par la Cour Suprême, fait, quant à elle, référence à l'obligation qu'ont les partis politiques, de respecter les règles de la transparence et de l'accès à l'information relative à l'obtention, la gestion et la destination des fonds publics et privés qu'ils utilisent.

Cette dernière thèse jurisprudentielle mentionne également la constitutionnalité de la règle prévoyant que l'accès aux différentes charges électives populaires se fera par le biais des partis politiques, légitimant ainsi la constitutionnalité des lois qui ne prévoient pas de candidatures indépendantes¹⁰.

Pour terminer, le critère juridique XXII/98, d'application non obligatoire, prononcé par la Deuxième chambre de la Cour suprême détermine que les entités d'intérêt public ne doivent pas être considérées comme des associations privées et qu'elles ne font pas partie des organes de l'Etat.

De la même manière, la Chambre supérieure du Tribunal électoral a émis au moins seize critères juridiques, en relation avec les partis politiques, considérés comme entités d'intérêt public, dont 6 ont donné lieu à des thèses jurisprudentielles. La thèse jurisprudentielle S3ELJ 15/2005, qui confère aux partis politiques l'obligation de se conformer à la loi en matière de gestion et d'utilisation de leurs ressources, étant donné leur nature d'entité d'intérêt public. La thèse

¹⁰ La réforme constitutionnelle du 10 février 2014 autorise désormais les candidatures indépendantes au niveau fédéral et local.

S3ELJ 22/2004, qui exclut les partis politiques du droit à la liberté de culte, ceux-ci ne peuvent en conséquence dépendre d'associations religieuses, attendu que cette liberté est réservée aux individus et non aux entités de l'importance des partis politiques, dont l'action consiste à promouvoir la démocratie auprès du peuple¹¹ (voir à ce sujet les thèses jurisprudentielles S3ELJ 04/2003 et S3ELJ 14/2000).

Ce caractère leur donne en outre compétence pour lancer des « procédures de protection diffuse de l'intérêt général », contre les actes préparatoires des élections (thèse jurisprudentielle S3ELJ 15/2000)

Les partis politiques s'engagent également, conformément à la thèse jurisprudentielle de la Cour suprême susmentionnée, prononcée postérieurement, à respecter les obligations que leur impose leur caractère public, en matière de transparence et d'accès à l'information, mises à part les exceptions signalées dans les lois correspondantes (S3ELJ 58/2002).

Même si avant l'année 2003, la procédure de protection des droits électoraux n'était recevable que pour s'opposer à des actes réalisés par les autorités électorales, à la manière de la procédure d'« amparo » qui ne sert à s'opposer qu'à des actes d'autorité, cette règle a été abandonnée suite à une sentence prononcée par le Tribunal électoral, lequel a invoqué la défense des principes fondamentaux suivants:

1. le droit d'accès à une juridiction, garanti par l'article constitutionnel 17, ce qui implique que les tribunaux doivent rendre la justice, de la manière la plus prompte possible;
2. la règle émise à l'article constitutionnel 41, fraction IV, expliquant que les recours électoraux ont pour fonction de protéger les droits politiques du citoyen, parmi lesquelles le droit d'affiliation ;
3. la portée de la fraction V, article constitutionnel 99, qui, à la différence de ses fractions antérieures, établit que les recours

¹¹ En conséquence, la maxime selon laquelle les personnes sont autorisées à faire tout ce qui ne leur est pas expressément interdit par la loi, ne s'applique pas de manière similaire aux partis politiques (Thèse jurisprudentielle S3ELJ 15/2004): "On peut en conclure que les partis politiques peuvent certainement faire tout ce que la loi n'interdit pas, à la condition que cela ne dénature pas, n'empêche pas, ne fasse obstacle à ; ou n'altère d'une manière ou d'une autre un possible meilleur exercice des tâches que leur confère la Constitution, et ne les conduise pas à contrevenir à des dispositions d'ordre public".

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

- déposés dans le cadre de la procédure de protection des droits politiques électoraux des citoyens ne doivent pas nécessairement être motivés par des actes d'autorité;
4. l'optimisation des droits politiques du citoyen, lorsque celui-ci appartient à un parti politique, en conséquence on ne peut considérer comme restreints les droits d'un citoyen, en raison de son appartenance à un parti¹² ;
 5. le caractère général de la procédure de protection des droits politiques électoraux, sans réserver celle-ci exclusivement aux actes d'autorité, confirmé par l'article 79 de la Loi générale des recours en matière électorale (Ley General de Medios de

¹² Ledit jugement mentionne, au sujet des droits politiques des citoyens, que "le fait de devenir membre d'un parti donne une portée maximum à ces droits, étant donné qu'ils sont accrus et renforcés par les nouveaux droits acquis au sein des partis". A un autre endroit, Leonel Castillo assure que les droits politiques ne se réduisent, pour le citoyen ou le militant, au droit d'émettre librement son vote le jour de l'élection, mais vont du droit de participer à la désignation des candidats, au respect du suffrage émis et à celui d'occuper la charge pour laquelle qu'il aura été élu. L'exercice de ces droits implique non seulement une participation citoyenne plus ou moins large, en tant qu'électeur et/ou militant, mais aussi l'exercice d'autres droits fondamentaux, comme le précise la thèse jurisprudentielle S3ELJ 29/2002 (consultable dans la *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005* TEPJF. p. 97-99), qui établit qu'« Interpréter de manière restrictive les droits individuels publics fondamentaux d'association et d'affiliation politique électorale, consacrés par la Constitution, conduirait à méconnaître les valeurs protégées par les normes constitutionnelles qui les consacrent, aussi convient-il de se livrer à une interprétation fondée sur le critère juridique, qui offre la protection la plus large possible au citoyen, étant donné qu'il ne s'agit pas d'une exception ou d'un privilège, mais de droits fondamentaux consacrés par la Constitution, devant être élargis et non pas restreints, et encore moins supprimés » (p. 98). Le jugement se poursuit en déclarant que les droits fondamentaux, le droit d'affiliation ainsi que toutes les autres garanties individuelles impliquées, ne se voient pas sacrifiés ou réduits par l'affiliation à un parti politique, « pas plus qu'ils n'entrent en état de sommeil ou de catalepsie à l'intérieur des partis, car, au contraire, la somme des forces et des intelligences que cette association représente, leur confèrent leur plein potentiel et leurs offrent de plus fortes garanties, à l'intérieur comme à l'extérieur du parti ». D'autre part, dans son ouvrage *Los derechos de la militancia partidista y la jurisdicción* (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004, pp. 17 et 18), Castillo rappelle de nouveau que " Personne ne doit restreindre le large et riche contenu de ces droits fondamentaux en matière politique (voter et être élu), car ceux-ci ne se réduisent pas à émettre son vote le jour de l'élection ou à ce que quelqu'un le fasse en sa faveur, mais impliquent aussi le droit à participer à la désignation des candidats, le respect du vote émis (qui compte et est comptabilisé), de même que le droit à occuper la charge pour laquelle on a été élu, dans des conditions de liberté optimale; c'est pourquoi, il convient de ne pas porter atteinte à l'ensemble des autres droits de l'homme, qui permettent de faire de cette aspiration une réalité, tels que le droit de pétition, d'expression et de manifestation des idées, de réunion et d'information, etc., car ceux-ci ne s'éloignent jamais de ceux-là, et ne se voient encore moins sacrifiés ou réduits par l'affiliation à un parti (.....).

- Impugnación Electoral) qui permet de s'opposer à toute violation du droit d'affiliation libre et individuel à un parti politique, par l'intermédiaire de la procédure de protection des droits politiques électoraux des citoyens ;
6. le fait que l'article 12, paragraphe 1, alinéa b) de la même Loi Générale des recours en matière électorale considère les partis politiques comme des « sujets passifs », susceptibles d'être poursuivis par le biais des recours susmentionnés;
 7. le fait que la procédure de protection des droits politiques électoraux du citoyen, de par sa nature, a pour fonction de garantir leurs droits fondamentaux. En effet celle-ci permet au juge de se substituer au plaignant, afin d'amender l'argumentation déficiente présentée dans le cadre de l'exposé des préjudices. En cela, elle dépasse les autres recours présentés devant l'autorité administrative électorale, dont la fonction principale est de sanctionner et sont donc pour cette raison plus formalistes. En conséquence, les militants des partis sont autorisés à faire valoir leurs droits directement devant l'autorité juridictionnelle ;
 8. le fait que les partis politiques remplissent une fonction constitutionnelle de la plus haute importance, celle de rendre possible un mode de gouvernement républicain, à travers les obligations que lui confère la Constitution, à l'article 41, fraction II et qui consistent à : promouvoir la participation du peuple à la vie démocratique ; à contribuer à la désignation des représentants du peuple au sein des organes de gouvernement ; et, à permettre l'accès des citoyens à l'exercice du pouvoir de l'Etat. Leurs actes ne peuvent donc en toute logique échapper au contrôle du pouvoir judiciaire ; et pour finir
 9. le fait que les partis politiques soient considérés comme des sujets titulaires de droits et d'obligations, comme n'importe quelle personne morale investie d'une mission d'intérêt public¹³.

¹³ Le député local du Parti de la Révolution Institutionnel, siégeant dans la xi^{ème} Législature du Congrès de l'Etat du Chihuahua, César Cabello Ramírez, a proposé au cours du Séminaire international d'accès à l'information, en matière de droit constitutionnel comparé (en juin 2007), organisé par la Cour suprême de justice de la Nation, que soit inclus à loi fédérale sur la transparence et l'accès à l'information les partis politiques, étant donné qu' : " ils sont l'embryon de toute entité publique, en conséquence, ils devraient être soumis à l'examen du public, de manière intégrale et complète."

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

La recevabilité des recours liés à des dispositions d'application directe ou indirecte

Cela dit, dans le cadre de divers recours déposés, parmi lesquels la procédure SUP-JDC-913/2007, des militants ont demandé à la Chambre supérieure du Tribunal électoral, de déclarer inconstitutionnels, certains articles des statuts et règlements de leurs partis, en invoquant les restrictions imposées par ceux-ci à leurs droits, -comme celui à être élu-, du fait des inégalités qu'ils établissent entre leurs membres, outrepassant ainsi les dispositions prévues par la loi. A plusieurs reprises, le Tribunal électoral s'est déclaré, en réponse à ces recours, incompétent pour analyser la constitutionnalité de diverses dispositions statutaires, en argumentant, entre autre, que les dispositions contestées étaient d'applications indirectes ; rendant ainsi d'une part indispensable l'émission d'un acte concret d'application, pour rendre leur observation valide et nécessaire, tout en obligeant, d'autre part, le plaignant, pour contester l'acte émis, à démontrer qu'il porte atteinte à ses droits, par exemple, en raison du rejet de sa demande d'enregistrement et de son exclusion de la liste des pré-candidats présentée par le Comité exécutif national, à la Commission politique permanente, pour son examen.

La sentence émise par la Chambre supérieure dans l'affaire susmentionnée s'est appuyée sur le critère juridique émis dans la thèse jurisprudentielle P/J55/97, "Loi d'application directe et indirecte. La distinction entre les deux est fondée sur le concept de jugement individualisé, donnant lieu à une application de la loi conditionnée ou non à des circonstances matérielles particulières.", prononcée par la Cour suprême de justice de la Nation, en assemblée plénière.

Comme on peut le voir, le problème dans ce genre de recours consiste à déterminer si les dispositions dont la constitutionnalité est contestée sont pour les militants du parti politique concerné, d'application directe ou indirecte. Pour expliquer ces notions, détaillons la différence qui existe entre les lois d'application directe et indirecte.

Par lois d'application directe, on entend toute disposition d'observation générale, s'appliquant, dès son entrée en vigueur, aux personnes répondant aux critères établies par elle, ce qui conduit dans

le cas des recours liés au statut des partis, à l'instauration d'une règle juridique permanente, affectant une ou plusieurs personnes, en raison de la modification, de la transformation ou de l'extinction d'un droit, sans qu'aucun acte d'application *a posteriori* ne soit nécessaire.

Les lois d'application indirectes sont, quant à elles, toutes ces dispositions d'observation générale, conditionnées par l'intervention *a posteriori* d'une autorité chargée de les appliquer, pouvant porter ainsi atteinte aux intérêts particuliers des militants. Ces lois ne peuvent être contestées constitutionnellement dès leur entrée en vigueur, car la recevabilité d'un quelconque recours à leur encontre est liée à un acte d'application.

Contrairement à la sentence évoquée précédemment, il a été mis l'accent, à diverses occasions, sur le fait que la majorité des dispositions statutaires des partis sont d'application directe, pour tout militant remplissant les conditions prévues par celles-ci. Dans ces conditions, il existe certaines dispositions statutaires, instaurés par les partis politiques qui, du fait des exigences additionnelles qu'elles imposent aux candidats à la désignation, portent directement atteinte aux droits électoraux de leurs affiliés. Par exemple, quand ils interdisent à leurs militants élus à la proportionnelle, de participer à la procédure de désignation des candidats à l'une des charges électives populaires, attribuées, elles aussi, à la proportionnelle, avant que leur mandat ne soit arrivé à leur terme. Comme c'est le cas par exemple à l'article 166, alinéa XV des Statuts du Parti Révolutionnaire Institutionnel (Estatuto del Partido Revolucionario Institucional) :

Le militant du parti qui prétend être candidat à une charge élective populaire devra remplir les conditions suivantes:

(...)

XV. Pour les candidats à l'une des charges électives populaires attribuées à la proportionnelle, il faudra qu'il ait conclu leur précédent mandat, au cas où il aurait déjà été élu à une précédente élection proportionnelle.¹⁴

¹⁴ *Documents fondateurs*, Parti de la Révolution Institutionnelle, Statuts, p. 270-272. Textes approuvés par la XVIII^{ème} Assemblée générale des délégués du PRI et enregistrés auprès de l'IFE, après approbation de son Conseil général, le 12 décembre 2001.

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

Cette disposition, entrée en vigueur dès sa publication, s'applique à l'ensemble des militants, en les obligeant à se conformer à la règle susmentionnée, ce qui constitue, en soi, un préjudice pour certains d'entre eux, -demandant une réponse juridictionnelle interne ou externe au parti-, dès l'entame de la procédure d'enregistrement des pré-candidats, étant donné que le Comité exécutif national et l'organe interne chargé de contrôler que les conditions requises établies dans la norme du parti sont bien respectées, ont tout pouvoir pour rejeter leur demande d'inscription, en raison du non-respect de cette exigence ; à cela s'ajoute aussi le fait qu'est remis en cause leur droit à solliciter un retrait temporaire de leur mandat, afin de participer à cette même procédure de désignation.

En outre, le contenu de cette disposition établit une discrimination entre ces militants et les militants élus à la majorité relative, étant donné qu'aucune raison n'est donnée pour expliquer pourquoi certains militants doivent se plier à cette règle et les autres non, si, dans les deux cas, ils occupent une charge électorale populaire, ni pourquoi ils ne sont pas non plus autorisés à renoncer à l'exercice de leur charge, afin de participer à la procédure de désignation, car même ainsi, ils ne sont pas autorisés à être inscrits pour participer à celle-ci.

Comme on peut le constater à nouveau, l'application individuelle de cette disposition à chaque militant n'est pas conditionnée par des circonstances extérieures particulières ; en effet, dès l'entrée en vigueur de la norme, il est exigé des militants remplissant les conditions requises, de se conformer à celle-ci, sans qu'un acte postérieur et concret d'application ne soit indispensable, afin de pouvoir limiter leurs droits. La disposition contestée ne fait en effet, dans l'exemple mentionné, qu'établir une condition requise applicable aux militants qui exercent un mandat de représentation proportionnelle et doivent s'y conformer s'ils prétendent participer à la procédure de désignation, à partir du moment où cette disposition est en vigueur.

Autre exemple de disposition d'application directe, l'article 194¹⁵ des Statuts du PRI. En effet, il est clair que dès l'entrée en vigueur

¹⁵ **Article 194.** En ce qui concerne les candidats à une charge électorale populaire, au titre de la représentation proportionnelle, le Comité exécutif national, après approbation de la Commission politique permanente, se chargera de leur enregistrement auprès des autorités électorales compétentes. *Documents fondateurs...* Op. cit., p 277.

de ladite disposition, la Commission politique permanente exerce les fonctions et les compétences prévues par la norme statutaire ; autrement dit, cet organe se charge d'approuver les listes des candidats titulaires et suppléants aux charges électives à la proportionnelle, dès l'entrée en vigueur du précepte, objet de recours. Celle-ci influe donc directement sur les droits des militants qui souhaitent être désignés à ce type de charge. En toute logique, la norme contestée ne peut être considérée d'application indirecte, car comme cela a été dit, elle règlemente la sphère juridique des militants, dès l'instant où ceux-ci sont autorisés à se présenter et à être élus au nom du parti. C'est-à-dire que les effets juridiques des dispositions présentes dans les Statuts du Parti de la Révolution Institutionnelle sont immédiats, instantanés et concomitants à l'instauration de la norme émise par le parti, laquelle, à partir du moment où elle devient réalité, crée un droit et toutes les conséquences juridiques qui s'en suivent.

Aussi, convient-il de faire valoir que certaines dispositions statutaires, du fait de leur entrée en vigueur, agissent sur les droits politiques électoraux des militants et, par conséquence, peuvent faire l'objet d'un recours une fois qu'elles sont approuvées et effectives, sans qu'il ne soit nécessaire d'attendre l'émission d'un acte d'application, étant donné la nature de la disposition réglementaire, qui est immédiatement applicable.

Le contrôle juridictionnel des partis politiques réalisés par le Tribunal électoral

En conséquence de cela, il convient de considérer qu'il revient au Tribunal Electoral du Pouvoir Judiciaire de la Fédération d'appliquer aux statuts des partis politiques, le contrôle type, exercé, dans une démocratie, par l'organe suprême judiciaire en matière électorale. En effet, j'estime que les partis politiques, en tant qu'entités publiques, doivent fonder leur action sur des règles qui permettent de donner le maximum de droits à leurs affiliés. C'est pourquoi, quand une disposition statutaire porte atteinte à un droit politique, du simple fait de son application, il ne devrait pas être possible de refuser d'étudier sa constitutionnalité, en évoquant l'argument selon lequel, aucun acte d'application de cette disposition n'affecte les droits du militant qui la

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

conteste. D'autant plus, quand il s'agit d'un affilié qui pour respecter la réglementation de son parti et éviter une réponse négative, qu'il connaît par avance, ne se livre pas à l'acte interdit par les statuts, qui lui permettrait de déposer recours en invoquant précisément le préjudice qui découlerait de cet « acte concret ».

Je confirme ici la vocation des tribunaux à garantir les droits individuels des citoyens et à faire évoluer, dans ce cadre, les critères juridiques défendus jusqu'à présent. Cela dit, la protection des droits politiques du citoyen ne relèvent pas de la procédure d'« amparo », étant donné que ces droits propres aux citoyens dépendent d'autres juridictions spécialisées, telles que la juridiction électorale, où les recours oscillent entre défense des intérêts diffus et actions collectives. En effet, la citoyenneté ainsi que les droits politiques n'obéissent pas à des intérêts individuels ou patrimoniaux, mais bien à des intérêts propres au citoyen en tant qu'électeur, militant, dirigeant de parti, membre d'un organe électorale, candidat ou autorité élue à une charge de représentation du peuple, qui sont fondamentalement différents de la défense des droits individuels, protégés par la procédure d'« amparo ».

Cependant, la protection des droits politiques qui s'est faite par l'intermédiaire de la procédure d'« amparo » pendant 160 ans, influe sur l'expérience, plus récente, initiée, depuis à peine 20 ans, pour la protection des droits politiques. Même si les principes de l'« amparo » doivent encore nous guider, nous ne pouvons continuer à appliquer les conceptions du XIX^{ème} siècle relatives à l'intérêt juridique du plaignant, c'est-à-dire seulement en cas de préjudice personnel et direct du citoyen. En effet, il nous revient à nous de garantir, tout spécialement, les droits des citoyens dans leurs multiples facettes et de protéger les partis politiques, en tant qu'entités d'intérêt public, chargées de la démocratie dans notre pays, en veillant à ce que la légalité de leurs statuts et règlements soit en accord avec l'Etat de droit.

Le principe de légalité appliqué aux partis politiques

La démocratie interne aux partis politiques

Comme nous l'avons déjà mentionné, conformément aux articles 41, alinéa I de la Constitution Politique des Etats-Unis du Mexique, 1, 27 et 38 du Code fédéral des institutions et des procédures électorales, les partis politiques sont des entités d'intérêt public ; en conséquence, la législation qui définit le système juridique mexicain en vigueur en la matière relève de l' « ordre public ». Voilà pourquoi, au nom de ce principe, les statuts des partis politiques se doivent de garantir les droits et les obligations de leurs membres, afin qu'ils puissent participer à égalité de chances à leur vie interne. Les partis politiques ont donc l'obligation d'établir, dans leurs statuts, des procédures démocratiques qui garantissent une vraie participation de leurs affiliés, c'est-à-dire la participation des citoyens aux décisions fondamentales qui sont prises, l'égalité dans l'exercice de leurs droits, l'existence des instruments leur permettant de garantir leurs droits fondamentaux et pour finir, la possibilité de contrôler les organes élus, au regard des fonctions qu'ils exercent. Sur ce sujet, la Chambre supérieure du Tribunal électoral a soutenu la jurisprudence S3ELJ03/2005, pages 120 -122 de la « Compilation Oficial Jurisprudencia y Tesis Relevantes », 1997/2005, publiée comme suit :

“STATUTS DES PARTIS POLITIQUES. ÉLÉMENTS MINIMUMS QUE CEUX-CI DOIVENT RÉUNIR POUR ÊTRE CONSIDÉRÉS COMME DÉMOCRATIQUES. L'article 27, paragraphe 1, alinéas c) et g), du Code fédéral des institutions et des procédures électorales, donne obligation aux partis d'établir dans leurs statuts, des procédures démocratiques, en vue de la désignation et du renouvellement des membres de leurs organes de direction ; cela dit, cet article ne donne aucune définition du concept de démocratie, ni offre suffisamment d'éléments qui permettent de constituer celui-ci sur le plan juridique ; en conséquence, il est nécessaire de recourir à d'autres sources, afin de préciser ce que sont les éléments constitutifs minimums de la démocratie, lesquels ne peuvent être déduits du simple terme de démocratie, qui ne fait référence qu'à un système ou forme de gouvernement, ou bien à la doctrine

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

politique favorable à la participation du peuple au gouvernement. Voilà pourquoi, il est nécessaire de recourir à la doctrine prédominante en la matière, sur la base de laquelle il est possible d'établir, comme caractéristiques de la démocratie, les éléments communs suivants : **1. La délibération et la participation**, des citoyens, le plus possible, aux processus de prise de décisions, afin que celles-ci répondent le plus fidèlement possible à la volonté du peuple ; **2. L'égalité**, qui permet à chaque citoyen de participer et de disposer d'une voix, comptant autant que celle des autres; **3 La garantie de certains droits fondamentaux**, principalement, les libertés d'expression, d'information et d'association, et **4. Le contrôle des organes élus**, ce qui implique la possibilité réelle et effective pour les citoyens, de choisir ceux qui sont chargés de les gouverner, ainsi que de pouvoir les démettre lorsque la gravité de leurs actes le mérite.

Ces éléments coïncident parfaitement avec les traits et les caractéristiques affichées par la Constitution politique des Etats-Unis du Mexique, qui rappelle la volonté souveraine du peuple, d'adopter pour l'Etat mexicain, la forme de gouvernement démocratique. A cette fin, elle prévoit la participation des citoyens à la prise des décisions fondamentales, l'égalité de ceux-ci dans l'exercice de leurs droits, les instruments permettant de garantir le respect de leurs droits fondamentaux et, pour finir, la possibilité de contrôler les organes élus dans le cadre des fonctions qu'ils exercent. Cela dit, ces éléments de référence essentiels ne peuvent être appliqués simplement aux partis, car il est nécessaire de les adapter à leur nature, de manière à ce qu'ils ne les empêchent pas de remplir leurs objectifs constitutionnels.

Néanmoins, à partir de ces principes, il est possible d'établir que les éléments essentiels constitutifs de la démocratie, que chaque parti doit mettre en place, sont, conformément à l'article 27, paragraphe 1, alinéa b), c) et g) du Code électoral fédéral:

1. L'assemblée générale ou tout autre organe équivalent, jouant le rôle de centre de décision principal du parti, devant réunir l'ensemble des affiliés, ou, quand cela ne sera pas possible, un grand nombre de délégués ou de représentants, tout en précisant les formalités nécessaires à remplir pour sa convocation, -par les organes de direction, pour les sessions ordinaires, ou par un nombre raisonnable de membres, pour les sessions extraordinaires-, de même que le délai entre chacune de ses sessions ordinaires, ainsi que le quorum nécessaire

pour que celle-ci puisse siéger de manière valide. **2. La protection des droits fondamentaux** des affiliés, leur garantissant : la participation la plus grande possible, au moyen du vote actif et passif, à égalité entre chaque membre ; le droit à l'information ; la liberté d'expression ; ainsi que le droit d'adhérer et de quitter le parti de leur choix. **3. L'établissement de procédures disciplinaires offrant les garanties fondamentales minimales y relatives**, autrement dit, des procédures établies préalablement à leur application, le droit d'audience et de défense des parties, la classification des différentes irrégularités, de même que la proportionnalité des sanctions, la motivation des décisions ou résolutions prises, ainsi que les compétences exercées par chaque organe chargé de sanctionner, en s'assurant de leur indépendance et de leur impartialité. **4. L'existence de procédures électorales garantissant l'égalité du droit à choisir ses dirigeants et ses candidats**, ainsi qu'à être désignés comme tels, par le biais d'un vote direct ou indirect des affiliés, secret ou public, à condition que la procédure garantisse le principe de liberté du suffrage. **5. L'adoption de la règle de la majorité en tant que principe de base des décisions prises** à l'intérieur du parti, de sorte que les décisions contraignantes soient prises, par un nombre important ou prépondérant de membres, sans avoir besoin d'une majorité particulièrement élevée, si ce n'est pour les décisions de grande importance. **6 La mise en place de mécanismes de contrôle du pouvoir**, comme par exemple, la possibilité de révoquer les dirigeants du parti, ou de durcir les critères d'incompatibilité entre différentes charges internes à celui-ci et/ou publiques, exercées par ses membres, ainsi que l'établissement de mandats de courte durée. »

La jurisprudence que nous venons de mentionner repose également sur la doctrine nationale et internationale en la matière. A cela, il convient d'ajouter les critères juridiques complémentaires émis par la Chambre supérieure et la Cour suprême qui reprennent divers éléments énoncés par elles. Ainsi, il a été jugé que:

1. les infractions commises à l'encontre de ses normes statutaires, relatives à l'affiliation des membres et aux procédures de sélection des candidats, amènent à sanctionner le parti politique fautif (SUP-RAP 33/200. PRD)¹⁶. Ces mêmes sanctions peuvent faire l'objet d'un recours déposé exclusivement par les militants du parti incriminé;

¹⁶ Thèse jurisprudentielle S3EL 098/2001. « *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005* », pp. 523 y 524.

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

2. l'Assemblée générale est l'institution de base, devant servir à la participation des affiliés à la vie interne du parti, en conséquence, celle-ci ne peut être réduite à une Commission exécutive nationale (SUP-JDC 21/2002 y 28/2004. Parti Vert Ecologiste);
3. la réforme des normes internes aux partis doit associer les organes dûment réunis, ayant compétence pour cela, (SUP-JDC 9/2007. PRI);
4. la liberté d'organisation dont jouissent les partis politiques doit se conformer au cadre légal en vigueur et ne constitue aucunement un droit absolu. Les autorités des partis politiques ne peuvent avoir de mandats infinis, même si les statuts amendés le permettent (SUP-JDC 355/2005 et les dossiers rattachés à celui-ci. PRI);
5. la compétente à autoriser ou, le cas échéant, à s'opposer à l'enregistrement de candidats locaux, dont dispose le Comité exécutif national d'un parti, est un pouvoir discrétionnaire, néanmoins les décisions prises en la matière devront être fondées et motivées, conformément aux termes établis dans les statuts correspondants (SUP-JDC 803/2002. Parti Convergence);
6. les statuts des partis peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, réalisé par la Chambre supérieure du Tribunal Electoral du Pouvoir Judiciaire de la Fédération, même dans le cas où ces statuts ou leurs modifications auraient été approuvés par l'autorité administrative (SUP-RAP 18/1999; SUP-JDC 26/2005. PRI et SUP-JDC 1728/2006. PAN.)¹⁷;
7. les partis politiques peuvent engager des actions de protection diffuse de l'intérêt public pour contester les actes réalisés, au cours des différentes étapes des processus électoraux (Thèse jurisprudentielle S3ELJ 10/2005);
8. les partis politiques ont l'obligation légale d'être transparents, en ce qui concerne l'obtention, la gestion et l'utilisation des fonds publics

¹⁷ Thèse jurisprudentielle S3EL 025/1999. « *Revista Justicia Electoral 2000* », Troisième époque, Supplément 3, p. 45. « *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005* », p. 562. Toute déclaration d'inconstitutionnalité annule les dispositions statutaires concernées (Thèses jurisprudentielles S3EL 11/2001). Le recours pour inconstitutionnalité des statuts d'un parti politique peut être déposé par d'autres partis politiques que le parti concerné, sans actes concrets d'application, au contraire des militants qui pourront seulement s'y opposer après l'émission d'actes d'application. (Thèse jurisprudentielle S3ELJ 55/2002. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, p. 124-5.)

- et privées qu'ils reçoivent, pour financer leurs activités ordinaires, ainsi que leur campagne (Thèse jurisprudentielle de la Chambre plénière de la Cour suprême de la Nation 146/2005)¹⁸;
9. les partis politiques nationaux ont l'obligation de se conformer à la législation locale, au moment de participer aux divers processus électoraux locaux (Thèse jurisprudentielle de la Chambre plénière de la Cour suprême de la Nation 4572002);
10. la mise en place de procédures internes de défense fait partie des obligations auxquelles sont soumis les partis politiques, (« *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes* » 1997-2005, p. 564-5). Le remplacement de l'ensemble des membres d'un organe interne d'un parti peut porter atteinte à leur droit, il peut donc faire l'objet d'un recours. Le changement de titulaire d'un poste à l'intérieur d'un parti peut aussi bien affecter les droits individuels, que les droits de militant, de la personne concernée.

Les militants garants du principe de légalité du parti

“PARTIS POLITIQUES. LE PRINCIPE SELON LEQUEL ILS PEUVENT FAIRE TOUT CE QUI N'EST PAS INTERDIT PAR LA LOI, N'EST PAS APPLICABLE A L'ENSEMBLE DE LEURS ACTES . Les partis politiques, en tant qu'associations de citoyens, font partie de la société et sont régis, en principe, par la règle applicable aux administrés, qui consiste à ce que tout ce qui n'est pas interdit par la loi soit permis. Ce principe néanmoins n'est pas applicable aux dispositions juridiques d'ordre public ; en outre, le caractère d'institutions d'ordre public, que confère aux partis politiques la Constitution générale de la République, et leur participation aux hautes fonctions politiques électorales de l'Etat, en tant qu'intermédiaire entre celui-ci et les citoyens, leur interdit, dans le cadre de l'exercice de cette liberté citoyenne, les autorisant à faire ce qui est permis par la loi, dans les conditions prévues par elle, en dehors de tout interdit expressément exprimé dans les normes d'ordre public, d'en venir à la situation

¹⁸ Au cours du Séminaire international d'accès à l'information, en matière de droit constitutionnel comparé, César Cabello Ramírez a souligné le fait que le législateur fédéral n'a pas ajouté les partis politiques, au nombre des organes publics soumis à la transparence ; ce qui n'est plus le cas actuellement à la suite de la réforme constitutionnelle du 7 février 2014.

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

extrême, qui consisterait à s'opposer de par leurs actes à ces grands objectifs collectifs qui sont les leurs ; au contraire, leur conduite doit à chaque instant viser et être adaptée à la réalisation de cette fonction publique primordiale, du fait de la priorité que revêt celle-ci sur leurs objectifs propres ; en conséquence, il est possible de conclure que les partis politiques peuvent sans aucun doute faire tout ce qui n'est pas interdit par la loi, à la condition que cela ne dénature pas, n'empêche pas, ne fasse pas obstacle à, ou n'altère pas, d'une manière ou d'une autre, tout possible meilleur exercice des tâches que leur confère la Constitution, ni ne les conduisent à contrevenir à des dispositions d'ordre public. De plus, étant donné que les partis ne font pas partie des organes de l'Etat, ils ne sont pas soumis au principe qui veut qu'ils ne puissent faire que ce qui est expressément prévu par la loi.

Jurisprudence S3ELJ 15/2005, consultable aux pages 212 et 213 de la « Compilación Oficial de Jurisprudencia et la Tesis Relevantes » 1997-2005.

De même que les partis ont certaines obligations et devoirs envers l'Etat qui vont au-delà de leur intérêts propres, au regard de la jurisprudence mentionnée, les militants dans le cadre du droit d'association des citoyens et de leur importance dans la vie interne des partis politiques ont certaines obligations à respecter vis-à-vis du parti politique auquel ils appartiennent, obligations qui leur offrent en contrepartie des droits politiques électoraux, liés fondamentalement à la désignation des candidats et des dirigeants, et à la possibilité de se présenter à l'une des charges internes au parti ou à un mandat électif populaire constitutionnel et légal. Par opposition, le non-respect de ces obligations peut affecter leurs droits de militant, -et ils doivent en assumer les conséquences-, jusqu'à constituer dans les cas extrêmes, une cause d'annulation de leur désignation, pouvant être contestée auprès des instances « quasi juridictionnelles » du parti concerné, ainsi qu'auprès des organes juridictionnels du système de justice électorale de l'Etat, au niveau fédéral ou local¹⁹.

A présent, en ce qui concerne les droits et les devoirs des militants en matière de recours, même si les statuts des partis et le système des

¹⁹ Rodolfo Terrazas Salgado, "Democracia y vida interna de los partidos políticos", dans: *Autoridades Electorales y el Derecho de los Partidos Políticos en México*, TEPJF 2005, pp. 157 et 158.

recours en vigueur ne prévoient aucune procédure qui permette à un militant, du fait de cette seule qualité et en dehors de tout préjudice personnel et direct commis à son encontre, de contester un acte ou une décision de caractère électoral, il faut considérer que les statuts des partis prévoient qu'il entre dans les compétences et les devoirs des organes de direction, de veiller à ce que les différents organes du parti, les entités qui dépendent de lui, ainsi que ses membres respectent les statuts, les règlements, ainsi que les décisions prises.

Cela dit, en se fondant sur le silence de la norme, le critère juridique énoncé dans la jurisprudence et le fait qu'il n'existe aucune disposition interdisant aux militants de déposer un recours quand ils estiment qu'il y a eu violation des statuts et des règlements internes à leur parti, considérant aussi que les partis politiques sont des entités d'intérêt public, ainsi que des associations de citoyens, -dont ils sont la base, à la condition que leur affiliation soit libre et individuelle-, il convient de conclure que le contrôle du respect des dispositions normatives internes aux partis ne doit pas être la prérogative exclusive de leurs différents organes, étant donné que les membres actifs, dont le statut n'est pas contesté ou est démontré de manière indiscutable, ont aussi cette responsabilité, qui revêt un caractère obligatoire.

Sur la base de ce qui vient d'être énoncé, il est possible de conclure que l'observation et la défense du principe de légalité des actes et des résolutions internes aux partis doivent être pleinement assumées par les membres actifs des partis ; en conséquence, au nom de cette compétence, dans le cadre de l'exercice du droit que leur octroie leur qualité de militants, ils devront pouvoir non seulement saisir les organes de résolution des conflits de leur parti, mais aussi plaider devant eux leurs recours, quand ils considéreront qu'un acte spécifique ou une résolution, d'un des organes collégiaux ou d'un des militants, violent les dispositions réglementaires internes.

Ne pas offrir l'opportunité aux membres actifs de contester des faits ou des actes constitutifs d'une infraction aux normes, revient à réduire ou minorer leur rôle d'acteur dynamique au sein du parti, ainsi que leurs droits et leurs obligations. En somme, il n'est pas possible d'ignorer ou de méconnaître que face à de probables violations des statuts ou des règlements intérieurs, les membres actifs d'un parti politique doivent conserver une attitude passive ou être de simples spectateurs, en dépit

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

du fait que de telles violations peuvent éventuellement affecter leurs droits, ainsi que les principes essentiels ou les postulats propres au parti en question²⁰.

En conclusion, si le membre actif d'un parti est soumis à un régime d'obligations et de responsabilité vis-à-vis de celui-ci, il ne fait aucun doute qu'il est possible de lui reconnaître le droit d'agir contre des actes ou des résolutions contraires à ses statuts et à ses règlements, même si celles-ci ne portent pas atteinte ou n'affectent pas directement ses droits politiques électoraux à voter ou à être élu.

Le citoyen doit donc être garant de la constitutionnalité et de la légalité des actes du parti politique et la loi doit prévoir de façon très claire les droits et les obligations, propres aux militants des différents partis politiques, comme ce fut le cas de la proposition de loi du député Eduardo Sergio de la Torre Jaramillo.

La démocratie au xxi^e siècle

Démocratie électorale et démocratie interne aux partis politiques

Avant de conclure cet article, abordons les principaux enjeux de la démocratie au xxi^e siècle. Historiquement, la loi électorale mexicaine de 1911 est la première à réglementer légalement les partis politiques. Elle constitue de ce fait le point de départ de leur évolution conceptuelle ; de leur constitutionnalisation naissante en 1963, avec l'instauration de députés élus à la proportionnelle, -afin de favoriser la représentation à l'assemblée législative des partis minoritaires- ; ainsi que de leur institutionnalisation, en tant qu'entité d'ordre public, reconnu par la réforme électorale de 1977, qui a déjà plus de trente ans.

Conscient de cette évolution, que nous réserve alors le xxi^e siècle ? Le xxi^e siècle est, selon moi et bon nombre d'auteurs, le siècle de la démocratie, mais une démocratie différente de celle qui a été définie

²⁰ José de Jesús Orozco Henríquez, *La Democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional*, Colección de cuadernos de divulgación sobre aspectos doctrinarios de Justicia Electoral, TEPJE, 2004, p. 30.

par le passé, étant donné que le concept même de démocratie, du fait des exigences inhérentes à celle-ci, évolue constamment au cours du temps. Le XXI^e siècle doit en effet être le siècle de la démocratie à travers la justice. Il ne s'agit donc plus seulement du concept de démocratie lié à la forme de gouvernement, auquel faisaient référence les auteurs classiques, ce n'est plus non plus la démocratie en tant que mouvement politique, comme aux XVIII^e et XIX^e siècle, et peut-être plus non plus la démocratie, en tant que procédure électorale modèle, ayant accompagné les élections du XX^e siècle, autrement dit la démocratie par les urnes. Il va sans dire qu'une démocratie stable, fortement institutionnalisée comme n'importe quelle démocratie qui se vante de l'être, nécessite la structure, la supervision et les mécanismes nécessaires, permettant de faire en sorte que les élections soient concurrentielles et transparentes. Cela dit, à quel type de démocratie faisons-nous donc concrètement référence au XXI^e siècle? A celle qui a trait aux acteurs des élections, à la démocratie interne aux partis politiques. Celle-ci constitue, à mon avis, le premier défi à relever du XXI^e siècle. Il ne peut y avoir en effet de démocratie électorale sans une démocratie interne aux partis politiques.

Le quatrième pouvoir électoral

A cet égard, il est symbolique de signaler que les différentes Constitutions locales, peut-être influencées par la pensée de Constant, parlent de « pouvoirs électoraux », en se référant au peuple électeur, élevé au même rang que les trois autres pouvoirs traditionnels ; prenons par exemple la Constitution de Querétaro de 1869. Actuellement, des pays comme le Nicaragua conservent cette division quadripartite du pouvoir, tandis que dans plusieurs autres pays, comme le Paraguay, le Mexique et le Costa Rica, les « organes électoraux » ou une partie d'entre eux sont considérés comme des organes constitutionnellement autonomes, ne dépendant d'aucun des pouvoirs traditionnelles et placés au même rang qu'eux.

Aujourd'hui, le pouvoir électoral est exercé directement par les citoyens eux-mêmes, organisés en partis politiques, qui constituent les derniers éléments indissolubles de la démocratie représentative. Cela dit, comme tout pouvoir,- et personne ne doute que les partis

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

politiques sont un pouvoir politique qui, en certaines occasions, est pourvu de compétences constitutionnelles que l'on peut considérer comme plus importantes que celles des organes de l'Etat-, il doit offrir les mêmes garanties constitutionnelles que toute institution publique, à commencer par la séparation entre les pouvoirs.

Autrement dit, les instances dirigeantes des partis doivent se comporter et être organisés comme de véritables pouvoirs exécutifs, au sein du pouvoir politique, tandis que les conventions réunissant leurs militants, ainsi que leurs conseils locaux, dans les différents Etats de la Fédération, doivent disposer d'une autonomie réelle suffisante par rapport à ces mêmes autorités dirigeantes et être respectés par elles, de la même façon que le pouvoir législatif jouit d'une pleine autonomie vis-à-vis du pouvoir exécutif. Et, ce qui a encore plus d'importance pour nous : que les commissions en charge de l'ordre et de la justice à l'intérieur des partis soient élevées au rang de véritables pouvoirs judiciaires, impartiaux, autonomes et professionnels. Ainsi appliquée aux partis politiques, cette division entre les pouvoirs s'adapte parfaitement au pouvoir public exercé par les entités d'intérêt public, auquel les partis politiques, comme nous l'avons signalé, appartiennent.

De même, comme déjà signalé précédemment, les partis politiques nationaux doivent reconnaître l'autonomie de leurs comités de direction dans les municipalités et les différents Etats de la Fédération, afin d'éviter toute centralisation inutile et incompatible avec le système fédéral, lors de la sélection des candidats et de la prise des décisions locales. En effet, les partis politiques ne doivent pas détruire l'esprit décentralisateur de notre système fédéral, au contraire, ils doivent se conformer à celui-ci. Bien évidemment, les principes de l'Etat de droit constitutionnel doivent être également respectés par l'ensemble des partis politiques.

En vue d'atteindre ces objectifs, les documents fondateurs des partis politiques prennent une importance toute particulière, et plus particulièrement leurs statuts, lesquels, il ne faut pas l'oublier, sont des actes réglementés par la loi et les Constitutions, fédérales et de chacun des Etats, ce qui implique que les tribunaux électoraux sont autorisés à superviser la régularité ou la conformité de ces statuts réglementaires avec la Constitution et les lois, nationales et

locales. Ce à quoi s'attelle le Tribunal Electoral du Pouvoir Judiciaire de la Fédération depuis au moins 1999, en déclarant nulles toutes dispositions règlementaires contraires à la Constitution concernée.

La justice électorale, fédérale ou locale, et les partis politiques

Comment s'y prend-il pour détecter l'inconstitutionnalité d'une norme statutaire ? En soupesant, évidemment, le droit d'association du parti avec l'infraction commise, contraire à l'un des droits fondamentaux ou l'un des éléments constitutifs de la démocratie interne aux partis. La doctrine, comme le lecteur le sait déjà, a isolé plusieurs éléments propres à la démocratisation interne des partis. Nous les résumons ici sous la forme d'une liste pouvant servir d'index à une loi consacrée aux partis politiques²¹, dans l'un des Etats ou au niveau fédéral:

- la démocratisation de la sélection des candidats;
- la protection des droits des affiliés;
- la participation des militants à la formulation de la volonté du parti;
- l'élection des dirigeants;
- la discipline de ses membres au sein du pouvoir législatif;
- le financement des partis;
- la participation des militants à la définition des programmes politiques du parti;
- des comptes rendus internes;
- la participation des minorités et des secteurs de la société sous-représentés dans les partis (femmes, populations indigènes, jeunes, etc.);
- la décentralisation du pouvoir, entre autres.

Dans cette démocratisation interne des partis, les tribunaux électoraux jouent un grand rôle, en tant que garants de la constitutionnalité et de la légalité de la réglementation des partis; ce

²¹ La loi portant sur les partis politiques a été votée le 23 mai 2014.

Le contrôle juridictionnel des actes et résolutions...

à quoi s'ajoute aussi, la procédure de protection des droits politiques électoraux du citoyen qui a vocation à accroître le contrôle de légalité et de constitutionnalité des actes du parti.

Procédure de protection du citoyen dont le développement a conduit à considérer le militant comme l'élément essentiel du parti politique et à en faire un de ses principaux acteurs, car il est au final le principal garant de la légalité et de la constitutionnalité des partis, aux côtés des tribunaux électoraux. C'est pourquoi, les tribunaux doivent recevoir leur plainte et leur rendre justice.

Les Etats fédéraux et leurs tribunaux doivent donc eux aussi exercer un vrai contrôle de constitutionnalité interne aux partis. Les tribunaux électoraux de ces Etats ne doivent, en effet, pas oublier que leur première fonction est de garantir la Constitution de l'Etat, ce qui est compatible avec la fonction exercée par les tribunaux fédéraux, et qu'ils doivent agir en tant que véritables tribunaux constitutionnels, dans le domaine électoral local.

Cela dit, conformément au principe selon lequel le contexte détermine en grande partie les différences, il est important de reconnaître que les Etats fédéraux ont des défis très particuliers à relever, qu'ils soient généraux ou liés à des situations spécifiques à chacun d'eux.

Par exemple, l'une des questions les plus significatives sur ce thème a trait au respect des us et coutumes en matière électorale. Il y a quelques années déjà la Chambre supérieure a analysé ce sujet en s'intéressant à la législation du Chiapas, ainsi qu'à celles d'autres Etats, même si le Chiapas présentait des caractéristiques propres. Reconnaissons tout de suite qu'il existe une contradiction et même une certaine tension entre les us et coutumes indigènes et la législation électorale consacrée aux partis, qui se superposent à la norme traditionnelle existante. L'Etat de Oaxaca a résolu le problème, en établissant légalement que les partis politiques n'ont pas à prendre part aux élections organisées conformément aux us et coutume. Cela dit, dans plusieurs autres Etats, où les deux institutions contraires, us et coutumes et régime des partis, coexistent, la législation et les problèmes créés sont particulièrement complexes à résoudre.

Conclusion

Pour conclure, il reste en vérité, encore beaucoup de chemin à parcourir, ce qui constitue le défi à relever par cette génération. En 1872, Rudolph Von Ihering, juriste allemand, défend, dans un livre parvenu jusqu'à nous et qui est devenu un classique, l'idée, peu ou prou, selon laquelle seul mérite de disposer d'un droit celui qui est prêt à lutter en permanence pour celui-ci.

Ces vingt dernières années reflètent ces aspirations et ces luttes, de plusieurs générations de Mexicains, pour leurs droits, et nous pouvons dire avec fierté que les avancées ont été significatives ; cependant, en ce qui concerne la lutte permanente pour la justice électorale, il reste encore à franchir un dernier obstacle, qui consiste aujourd'hui à établir la démocratie à l'intérieur des partis.

***Continuismo* et présidentialisme constituant dans les États Andins**

Hubert Gordon*

Dès les premiers moments des indépendances, les constituants latino-américains, manifestant une certaine défiance vis-à-vis du pouvoir exécutif, se sont préoccupés d'en régler la structure, les prérogatives ainsi que la durée et le nombre des mandats auxquels pouvait prétendre la personnalité qui l'exerçait. Ne s'étant que très progressivement convertis à l'idée qu'un gouvernement républicain puisse être compatible avec l'institutionnalisation d'un exécutif unitaire, fut-il présidentiel comme aux États-Unis d'Amérique, ils se sont appliqués à insérer dans leurs premières constitutions des dispositifs que l'on peut qualifier d'ores et déjà d'«*anti-continuiste*» dont le propos exprimé dans sa version la plus radicale était d'interdire à un président en exercice de se représenter. Ce souci est particulièrement présent dans la rhétorique Bolivarienne du discours d'Angostura (1819): «La continuité d'un même individu (au pouvoir) a été fréquemment la fin des gouvernements démocratiques...»¹.

* Professeur de Science Politique, Institut des Hautes Etudes sur l'Amérique Latine.

¹ « La continuación de un mismo individuo (al poder) frecuentemente ha sido el termino de los gobiernos democráticos ». Cette défiance que manifeste Bolivar vis-à-vis de phénomènes de perpétuation d'un même magistrat au pouvoir est d'autant plus remarquable que, dans son argumentation avancée en 1819 à l'appui de son projet constitutionnel, il défendait l'idée suivant laquelle en régime républicain la réalisation d'un véritable équilibre des pouvoirs exigeait un renforcement du pouvoir exécutif: « en las Repúblicas el ejecutivo debe ser el más fuerte, porque todo conspira contra el, en tanto que en las monarquías el más fuerte debe ser

C'est sans nul doute par attachement aux libertés empruntées aux idéaux du siècle des lumières que ces premiers constituants ont introduit dans leurs textes ce type de codification qui nous renvoie aux développements classiques sur l'imminence et les dangers du gouvernement tyrannique. Mais c'est probablement l'identification de cette tyrannie à la Monarchie coloniale qui a transformé ce dispositif de défiance en dogme républicain. Aussi n'est-il pas surprenant de le rencontrer dans la plupart des textes émis à la suite des indépendances y compris dans ceux codifiant les diverses expériences de pouvoir autoritaire, comme si l'existence d'une république pouvait se déduire de la seule insertion dans un texte du dispositif *anti-continuiste*. Le caudillisme lui-même soucieux de s'appuyer sur un formalisme constitutionnel soit pour rationaliser l'exercice du pouvoir, soit pour en extraire à bon compte une légitimité républicaine a inséré de manière réitérée et insistante dans les nombreux textes qu'il a rédigés l'inscription de cet interdit du continuisme. Cela s'est traduit par la limitation de la durée et du nombre des mandats auquel pouvait prétendre un président. Ainsi, pour rester au Venezuela, le général Juan Vicente Gomez (1908-1935) dans sa première constitution du 4 août 1914 limitait de manière drastique l'exercice du pouvoir présidentiel: un mandat de quatre ans sans possibilité de réélection immédiate (art. 84). Il est vrai que les nombreux textes qui allaient suivre, modifiant ou remplaçant cette constitution (six au total) eurent pour préoccupation de pérenniser, quel que soit le poste occupé, président ou commandant en chef des armées, l'exercice du pouvoir par cette personnalité. Ces quelques dévoiements propres à ce curieux mélange de formalisme constitutionnel et de pratique

el legislativo, porque todo conspira en favor del monarca ». Par ailleurs et contrairement aux idées reçues, une analyse attentive et contextuelle de la Ley Boliviana (1826) dont il a maîtrisé complètement le processus d'élaboration et le contenu nous enseigne que sa codification d'une *Presidencia vitalica* ne représente nullement une conversion de la réflexion Bolivarienne depuis l'interdit initial du continuisme à un quelconque absolutisme gouvernemental. Cette construction s'intégrait dans un texte qui, établissant un dualisme de l'exécutif, affectait à la présidence une dimension essentiellement symbolique empruntée à la formulation du « pouvoir neutre » proposée par Benjamin Constant aux monarques français de la Restauration.

BLANCO, J. F. y AZPURUA, R (1983), *Documentos para la Historia de la Vida Publica del Libertador*. Caracas, T.VI, p.593. GOURDON, H. (1984). « Les trois constitutionnalismes de Simon Bolivar. » *Cahiers des Amériques Latines* 29-30: 253-4.

autocratique du pouvoir prouvent à leur manière l'attachement que le constituant Latino-américain a affecté à ces dispositions qui réglementent la durée de l'exercice du pouvoir présidentiel. L'empire des lois promis par l'ère constitutionnelle apparaissait en effet lié à sa capacité de briser dans l'œuf – ou de masquer- les espérances de reproduction au pouvoir de la personnalité qui l'exerce. Sans être considéré comme l'arme absolue, le dispositif *anti-continuismo* fut donc conçu et quelquefois utilisé comme le moyen d'établir un équilibre entre le désir de pouvoir à l'origine de la vocation politique des gouvernants et l'obéissance à la loi qui constitue leur légitimité.

Une deuxième observation concerne un caractère particulier de ce dispositif constitutionnel auquel on ne prête pas assez d'attention. Sa rédaction relève pour l'essentiel d'une mathématique rudimentaire puisque traitant d'éléments aussi simples que le nombre de mandats présidentiels et leur durée. Or ce sont justement ces deux éléments, la simplicité et la quantification, qui rendent ces dispositions constitutionnelles rétives au travail de *l'interprétation* grâce auquel les gouvernants par le biais des usages, leur répétition et acceptation par l'ensemble des acteurs concernés créent des coutumes ou «conventions de la Constitution»². Or ces dernières qui surgissent à côté de l'écriture initiale du texte constitutionnel peuvent en gouverner et en infléchir le sens; de sorte que ce travail d'interprétation opéré par les gouvernants eux-mêmes est un élément qui contribue de manière considérable à l'assouplissement du texte de la constitution et de ce fait à sa longévité. Ainsi est-ce en grande partie au travail d'interprétation de ses gouvernants que l'on doit cette alternance très originale entre les pratiques d'un régime parlementaire ou présidentiel qui caractérise l'application de la constitution française de la VIème République. Certes en Amérique latine ce travail d'interprétation n'est pas complètement exclu des dispositions traitant du continuisme; il apparut, nous le verrons, à l'issue de révisions constitutionnelles quand fut posé le problème du nombre de mandats auquel peut prétendre dans le nouvel ordre constitutionnel ainsi créé le président en exercice

² AVRIL, P. (1997). *Les conventions de la constitution*, PUF, Paris. BIDEGARAY, Ch. (1998), « Pierre Avril à la recherche des Conventions de la Constitution ». *Revue Française de Science Politique*, vol.48, n°5, p. 664—671.

à l'origine de cette révision. Faut-il intégrer le mandat dont il dispose dans le nombre de ceux déterminés par le nouveau texte ?

Mais enfin un mandat quel que soit le nombre auquel peut prétendre un candidat présidentiel ou sa durée, quatre, cinq ou sept ans a un début et une fin et on ne peut se soustraire à ce décompte qu'en modifiant le texte qui l'a établi. C'est la différence qui sépare ce type de disposition que nous avons qualifié de « mathématique » ou « arithmétique » (pour faire honneur à leur simplicité) d'avec celles qui traitant de principes ou même de compétences acquièrent le sens et l'amplitude que le législateur ou le juge veulent bien leur donner

Cette nature arithmétique du dispositif constitutionnel garantit certes sa rigidité puisque la signification de la constitution est étroitement liée à ce qui est écrit. Mais suivant l'importance que la classe politique accorde à ce dispositif, cette rigidité, telle une pathologie, peut faire « métastase » et se communiquant à l'ensemble du texte constitutionnel engendrer paradoxalement sa fragilité et in fine son changement. Faute de pouvoir par les mécanismes de l'interprétation infléchir le sens du texte, on le modifie, voire on le change. C'est en fait ce qui s'est produit depuis les années 90 dans l'ensemble des Etats de la région andine: Pérou (1993) Colombie (1991, 2005), Venezuela (1999, 2009), Equateur (1998, 2008) et Bolivie (2009). Nous ne voulons pas dire que tous ces changements ou modifications de constitutions ont eu pour objectif exclusif celui de permettre à un président en exercice de prétendre à un nouveau mandat. Ainsi devrons nous plus tard prendre acte de l'adoption par certains de ces Etats d'idéologies de rupture d'avec une tradition constitutionnaliste. Ce disant nous pensons plus particulièrement à l'ethno-communautarisme bolivien ou au socialisme bolivarien du président Chavez qui par leur seule présence justifieraient l'élaboration d'un nouveau texte constitutionnel. Mais force est de constater que les débats intenses provoqués par ces changements de constitution ne concernaient pas seulement ces novations idéologiques. En effet, sans être loin s'en faut étranger au précédent, l'élément le plus polarisateur resta celui entretenu par la ferme volonté manifestée par la personnalité présidentielle à l'origine de la nouvelle constitution d'y inscrire la clause d'une rééligibilité immédiatement et indéfiniment reconductible.

Ainsi se rend-on compte que ces changements de constitutions constituent un phénomène complexe revêtant une pluralité de caractères dont chacun mérite d'être singularisé:

- * leur généralité d'abord que nous avons déjà évoquée: le calendrier des mutations constitutionnelles affectant depuis les années 90 les Etats de la Zone Andine en porte témoignage;
- * Par ailleurs les tentatives de désacralisation de l'interdit du continuisme présidentiel manifestées par ces changements constitutionnels n'acquièrent leur sens que si on les met en relation avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles codifiant le statut présidentiel. Or, il ressort de leur recensement que ce continuisme vise de toute évidence à consolider un «*hyper-présidentialisme*» qui déjà affectait la gestion du pouvoir dans l'ensemble de ces Etats, le «*presidencialismo parlemantarizado*» de la Bolivie faisant à cet égard exception³.
- * Troisième caractère qui certainement constitue celui qui devra retenir le plus notre attention: les procédures à l'origine de ces mutations constitutionnelles, quelle que soit leur diversité, coup d'Etat au Pérou (1992), révision congressionnelle assortie, comme ce fut le cas récemment en Colombie (2009-10) d'une perspective référendaire, Assemblée Nationale plus referendum au Venezuela (2007 et 2009) ou bien encore convocation d'une Assemblée Nationale constituante comme en Bolivie et en Equateur (2006) ont pour caractère commun d'être impulsées et le plus souvent maîtrisées par le président en exercice. En conférant à notre analyse un point de vue pour l'instant strictement formel ces Etats semblent renouer avec une tradition constitutionnelle bien connue au temps du caudillisme, celle d'un «*Presidencialismo constituyente*»⁴.

³ MAYORGA R.A. (2001), "Presidencialismo parlemantarizado y gobiernos de coalicion en Bolivia", in LANZARO J.,(compilador), *Tipos de presidencialismo y coaliciones politicas en America Latina*, Clacso, Buenos Aires.

⁴ TORRES L. F. (2009), *Presidencialismo constituyente. La ruta del autoritarismo en Ecuador*, Cevallos, Quito.

Cependant inscrire l'analyse de cette volonté de continuisme dans la seule exégèse de procédures et de textes constitutionnels nous fait courir le risque de ne pas apprécier à sa juste mesure l'ampleur des disputes engendrées aujourd'hui par ce phénomène. La violence suscitée dans certains Etats – et pas seulement au Venezuela- par les manifestations de ce *presidencialismo constituyente* exige, nous l'avons dit, une appréhension globale de ces textes nous permettant d'interroger la nature des projets politiques invoqués pour légitimer leur rédaction. En effet le continuisme aujourd'hui programmé et réalisé apparaît d'une nature tout autre que celui défendu au début du xx^e siècle par l'essayiste vénézuélien Vallenilla Lanz, commentateur apologétique de l'expérience caudilliste déjà évoquée de Juan Vicente Gomez , auquel il appliqua la métaphore profondément conservatrice du «gendarme nécessaire»⁵. Assumée aujourd'hui essentiellement dans les Etats andins, cette volonté de perdurer au pouvoir se proclame en effet d'essence démocratique et ce à deux titres; en premier lieu elle fonde sa légitimité sur la conquête et le maintien d'une majorité électorale populaire et ce à partir d'élections qui restent malgré tout de type pluraliste. Par ailleurs elle se présente comme l'instrument indispensable de l'accomplissement de deux types d'objectifs: soit qu'elle se considère comme l'instrument nécessaire à la conservation d'une communauté politique en danger (Fujimori 1992-2000, Uribe 2002-2010), soit qu'elle se présente comme l'instrument de construction d'une démocratie « substantielle » dont les propositions furent inscrites à partir de 2006 dans le programme électoral des campagnes présidentielles de Hugo Chavez et de Rafael Correa avec l'énoncé du « *socialismo siglo XXI* »⁶ ou encore dans celui du candidat président Evo Morales qui se conclut par la codification d'une nouvelle citoyenneté de type communautaire (Bolivie, 2009).

Il s'agit certes, comme dans le commentaire du caudillisme par Vallenilla Lanz, de construire un ordre constitutionnel en correspondance avec une vision de la société. Mais l'idiosyncrasie qui inspire les gouvernants des Etats auxquels nous avons fait référence

⁵ VALLENILLA LANZ L.,(1961), *Cesarismo democratico, estudio sobre las bases sociologicas de la constitucion efectiva de Venezuela*. Caracas, 1er ed. 1919.

⁶ LOPEZ MAYA M., (editora), (2007), *Ideas para debatir el socialismo del siglo XXI*. Editorial Alfa, Caracas.

ne relève plus d'un positivisme conservateur exigeant des politiques d'accorder leur art de gouverner avec une société considérée comme composée, et ce pour toujours, d'individus inaptes à relever les contraintes du choix démocratique. Bien au contraire le propos (ou la justification) qui est à l'origine de ce renforcement du statut présidentiel est de structurer un gouvernement de manière à ce qu'il exploite toutes les ressources du pouvoir majoritaire à des fins de transformation de cette société. Or cette vision de la démocratie telle qu'elle se dégage tant de la rédaction des textes constitutionnels que des pratiques du pouvoir présidentiel *subit* de plein fouet les effets dévastateurs d'une double critique;effets dévastateurs (ou qui devraient l'être) parce que cette double critique se fonde sur les leçons d'une histoire universelle: celle d'abord du vécu historique du *Contrat Social* de Jean-Jacques Rousseau et notamment de son interprétation autoritaire par les jacobins de la Révolution Française . Voilà pour l'identification de la démocratie à la tyrannie du pouvoir majoritaire. Celle ensuite d'une conception téléologique du pouvoir politique dont la légitimité démocratique repose sur une volonté de transformation de la société également perceptible dans le jacobinisme. Le détail de cette double critique peut se résumer à l'énoncé des trois postulats formulés de manière catégorique par Hannah Arendt dans son analyse comparée des révolutions française et américaine (*On Revolution*, 1963):

- une révolution n'a jamais résolu la question de la pauvreté.
- toute tentative pour résoudre la question sociale par des voies politiques mène à la terreur.
- le pouvoir vient du Peuple, mais la citoyenneté dérive de la Constitution.

Cependant chez nos protagonistes de ce *continuismo* nouvelle manière, et c'est un diagnostic partagé par l'ensemble des observateurs, apparaît quelque chose d'autre qui n'avait pu être retenu dans le commentaire proposé par Hannah Arendt des révolutions française et américaine: il s'agit de l'élément structurant de la participation politique particulièrement intense requise tant par la réalisation de l'impératif majoritaire que par la mise en oeuvre de ces projets de construction de la paix ou d'un « *socialismo siglo XXI* ». Cet élément

structurant réside dans le lien exceptionnel qui unit le peuple avec la personnalité exerçant la prérogative présidentielle. Cette revendication d'un droit à l'exceptionnalité est attribuée par ses défenseurs tant à la situation historique d'une société traversée par des conflits ouvrant à certains de leurs acteurs jusqu'à l'heure marginalisés des perspectives d'une transition qu'au mode intense de participation politique requis par les transformations à venir et qui selon eux ne saurait être établi que grâce au charisme de la personnalité *présidentielle* exerçant le pouvoir.

A vrai dire ce diagnostic n'a rien de nouveau en Amérique latine. Il fut dressé dès 1949, il y a donc plus d'un demi-siècle, dans le rapport explicatif des travaux de la commission constitutionnelle chargée de réviser la vieille constitution de la Confédération d'Argentine de 1853. Présenté au général-président Péron et rédigé par le juriste Arturo Enrique Sampay, président de cette commission, ce document explicite les prémisses du syllogisme qui fonde en guise de conclusion le caractère impératif et urgent de la réélection présidentielle («*urge la reforma constitucional que posibilite la reeleccion presidencial*»). Dans l'énoncé de ce syllogisme l'auteur procède en effet à deux constats : en premier lieu il constate «l'extraordinaire de la réalité politique vécue» résidant dans la volonté manifestée par la majorité du peuple d'engager un «processus révolutionnaire de dépassement du libéralisme bourgeois»; en second lieu il observe que c'est par la médiation « d'une personnalité politique extraordinaire» que se réalise la prise de conscience majoritaire au sein des masses populaires du caractère historique des luttes engagées. L'accord de ces deux prémisses implique selon la conclusion de l'auteur la proposition selon laquelle (jécite): «*si le succès de l'œuvre entreprise en Argentine dépend de la possibilité constitutionnelle accordée au général Peron d'être réélu Président de la République par le vote libre des citoyens, on comprend que le texte constitutionnel doive être purgé de tout empêchement que ni la prudence politique ni les circonstances historiques ne justifient*»⁷.

⁷ SAMPAY A, E. (1975), *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, p.516-517.

D'un certain point de vue il s'agirait là, sans que le terme soit toujours revendiqué par ceux qui la pratiquent, d'une démarche qui s'apparente à celles qui se sont appliquées à réhabiliter certains régimes participant de la veille catégorie du caudillisme. Il existe en effet très répandue parmi les historiens et politistes attachés au terrain latino-américain, une analyse qui différencie les «caudillismes négatifs» illustrés «par des potentats violents» ou «des chefs de bande sans foi ni loi » d'avec des «caudillismes positifs» qui auraient contribué dès le moment des indépendances à la construction de l'Etat et de la Nation⁸; ou encore, dit en termes plus savants, feraient partie de ces caudillismes positifs ceux dont la mission aurait été de combler le «vide institutionnel» créé par un « conflit entre le registre hiérarchique de l'ordre corporatif en voie de désagrégation et celui des modes de représentation et d'administration de l'Etat moderne»⁹.

Tout ceci rappelé, on doit cependant constater que nombreuses sont les réactions de rejet suscitées actuellement par les tentatives d'application de cette distinction à des fins de réhabilitation de ces caudillismes d'aujourd'hui qualifiés quelquefois de néo-populistes. Actuellement la question démocratique constitue le critère fondamental de toutes les évaluations qui, regroupées dans le débat actuel traitant de «la qualité de la démocratie», portent sur le devenir politique des Etats du continent latino-américain. Or sur ce terrain la philosophie et la sociologie peut-être réconciliées ont livré leur verdict. En matière de démocratie en effet les transitions qui depuis les années 80 se sont conclues par la codification de la concurrence entre les forces politiques et la pratique de l'alternance au pouvoir devraient être les transitions ultimes. Une fois acquis, les principes et les pratiques de la délibération et du pluralisme doivent être considérés comme les ingrédients à la fois inaltérables, nécessaires et suffisants qui assurent l'authenticité démocratique des rapports gouvernants-gouvernés. En effet suivant cette démarche dite *constitutionnaliste* le phénomène majoritaire

⁸ CHEVALIER F. (1984), «Nation ou Union? Paez ou Bolivar», *Cahier des Amériques latines, Bolivar et son temps*. IHEAL, Paris, p. 153-189.

⁹ CAMAU M. (2008), « Le leadership politique aux confins des démocraties et des autoritarismes », in DABENE O., GEISSER V., MASSARDIER G., (dir), *Autoritarismes démocratiques et démocraties autoritaires au XXI^e siècle. Convergences Nord/Sud*, La Découverte, Paris, p.77.

ne confère une légitimité démocratique au pouvoir qui en est investi qu'à la condition que soit reconnu et vérifié le caractère pluraliste du débat qui a présidé à sa formation. Or le lien électoral à l'origine du pouvoir majoritaire qui investit nos nouveaux caudillismes populistes témoigne du caractère particulièrement elliptique de la configuration participative de type passionnel qui unit le candidat présidentiel à ses électeurs. Il s'agit en effet d'un « raccourci cognitif » qui selon les tenants de l'école constitutionnaliste ne permettrait pas au citoyen de témoigner de la compétence politique minimale requise par l'ordre démocratique. Ainsi ce type de participation politique suscitée par le leadership charismatique, pour aussi fort et répétitif (jusqu'à l'obsession) qu'il puisse être, réaliserait-il la quintessence de la séparation ou de l'aliénation dénoncée par Jean-Jacques Rousseau dans sa critique de la Représentation¹⁰.

En deuxième lieu on ne peut ignorer – nous en ferons état ultérieurement- les multiples atteintes à l'intégrité du système de libertés publiques portées par les pulsions autoritaires de ce type de leadership qui argue de son caractère majoritaire pour exclure les expressions minoritaires dont la participation fonderaient le caractère démocratique du débat.

En somme l'appel au peuple sur des mots d'ordre de changement social et d'établissement d'une véritable démocratie formulé dans les États andins par le leadership de présidents actuellement en exercice tels que Chavez au Venezuela, Moralés en Bolivie ou encore Correa en Equateur ne seraient que des alibis à l'établissement de gouvernements autoritaires qui sont autant de transgressions de l'ordre démocratique. Revenant ainsi au *distinguo* proposé par les vieilles typologies de la philosophie politique classique entre les formes pures et corrompues de gouvernement, la critique constitutionnaliste définit le mode d'institutionnalisation du pouvoir assumé par ce caudillisme électoral comme une corruption de l'ordre démocratique.

Pour autant l'affectation d'un caractère subsidiaire au phénomène majoritaire lorsqu'il se manifeste au sein d'un peuple crée par la

¹⁰ ROUSSEAU J.J. (1943), *Du contrat social*, livre III, chap.15. Introduction, notes, commentaire HABWWACHS (M), Editions Montaigne. MANIN (B), (1995), *Principes du gouvernement représentatif*, Calmann-Lévy, Paris.

parole du chef (une définition parmi d'autres du gouvernement populiste) n'a pas clos la querelle concernant aussi bien la nature de la démocratie que celle de ces caudillismes électoraux. En portent témoignage aujourd'hui parmi les commentaires foisonnants concernant l'identité du populisme tous ceux qui ne concluent pas de manière aussi catégorique sur la version d'un détournement de la démocratie ou de sa corruption. Certains d'entre eux et non des moindres concluent à la pertinence d'un système de participation politique mixte qui associerait deux types de citoyenneté, l'une fondée sur la foi et la croyance en une politique capable de changer le monde et une autre fondée sur la défiance et le scepticisme qui conçoit le pouvoir comme un facteur d'excès plutôt que de changement¹¹. On peut suspendre l'exposé de ce débat en regrettant que les tenants de l'école constitutionnaliste ne déploient le plus souvent les ressources de la sociologie politique que pour formuler une critique réaliste du caractère aliénant des participations politiques sollicitées par la parole du leader. Par contre celles éventuelles qui dénonceraient le statut monopoliste des institutions garantes du pluralisme dans les systèmes constitutionnalistes, qu'il s'agisse des institutions de la représentation (partis politiques) ou de celles de la communication ne concluent le plus souvent qu'à des « imperfections » dont on sait depuis Raymond Aron que leur existence est l'essence même de la démocratie; la volonté de perfection restant pour sa part du ressort du discours totalitaire¹².

¹¹ MENY, Y. SURELY, Y. (2000), *Par le peuple, pour le peuple. Le populisme et les démocraties*, Fayard, Paris. CANOVAN, M. (2005), *The people*, Polity Press, Cambridge. LACLAU, Ernesto. *La razon populista*.(2005), Fondo de Cultura Economica, Mexico. PHILIP, Ph. PANIZZA, P. (2011), *The Triumph of Politics. The return of the Left in Venezuela, Bolivia and Ecuador*, Polity Press, Cambridge. COUFFIGNAL, Georges. *La nouvelle Amérique latine, laboratoire de l'Occident*, SciencesPo. Les Presses, Paris, 2013.

¹² ARON R. (1965), *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Paris. Il fut un temps où l'accueil de la « doxa » universitaire aux quelques ouvrages qui aux Etats-Unis ou en France se sont risqués en dehors d'une stricte obédience marxiste à des analyses sociologiques contestant le caractère fondateur de l'assujettissement automatique des faits au dogme conféra à leurs auteurs les stigmates du transfuge voire du défroqué de l'église pluraliste. Les analyses de politiques publiques nous ont habitué depuis à moins d'intransigeance. MILLS, W. (1958), *L'élite du pouvoir*, éditions François Maspéro. Paris. GAXIE, D.(2003), *La démocratie représentative*, éditions Montchrestien, Paris.

L'apparition dans les Etats Andins du « *candidato presidencial reeleccionista* »

En fait la raison principale qui nous a conduit à évoquer cette querelle est de mieux nous faire comprendre l'effervescence constitutionnelle et politique provoquée par la volonté manifestée par les présidents de certains de ces Etats andins (Venezuela, Bolivie, Equateur) de s'assurer une continuité du pouvoir. Il leur est apparu en effet indispensable de briser le verrou constitutionnel que représentent les dispositions «anti-continuistes». La véritable guerre contre l'interdit du continuisme menée par les présidences néo-populistes repose, rappelons-le, sur la double évidence retenue par le syllogisme péroniste proposé par la constitution péroniste de 1949: l'expérience démocratique propre à ces régimes politiques repose sur un phénomène majoritaire issu d'une participation politique de type charismatique suscitée par la personnalité présidentielle; son accomplissement n'est cependant concevable que si la personnalité présidentielle en charge de cette entreprise-et qui n'est pas interchangeable, rappelons-le - dispose d'une durée que lui refusent les dispositions constitutionnelles limitant le nombre de mandats auxquels elle peut prétendre.

Mais l'élément le plus remarquable de cette bataille pour la réhabilitation du *continuismo* n'est peut-être pas celui de la nature de la querelle démocratique qu'elle a suscitée. Il résiderait dans le fait que les débats politiques intenses provoqués par la durée et le nombre de mandats auquel peut prétendre un président se déroulent sur un terrain exclusivement constitutionnel. C'est une tradition certes solidement établie en Amérique Latine que de convoquer la caste des « abogados » au chevet des constitutions soit pour en décrypter le sens soit pour en définir les pathologies. Mais aujourd'hui il semble bien que le débat constitutionnel ne se réduise plus à l'exégèse savante de textes dont l'application par ailleurs hypothétique ne souciait pas toujours les élites cultivées qui la pratiquaient. En effet, et il faut en la circonstance s'en souvenir, l'une des raisons principales à l'origine de la fréquence de coups d'état conclus dans un passé relativement proche par des gouvernements militaires fut la reconnaissance partagée par (presque) tous les membres de la classe politique de la

vocation des «Fuerzas Armadas» à traiter de conflits que les élus pour leur part, qu'ils fussent de droite ou de gauche, ne parvenaient pas ou se refusaient à résoudre selon les voies constitutionnelles. Avec la disparition en Amérique latine des armées prétoriennes ce sont les textes constitutionnels et seulement ceux-là qui déterminent la totalité des voies et moyens à la disposition d'une classe politique pour résoudre ses conflits; une classe politique qui enfin doit apprendre à «prendre la constitution au sérieux». C'est donc paradoxalement sur le terrain de la constitution que se joue aujourd'hui le devenir d'un continuisme à fondement charismatique.

La première bataille constitutionnelle du «reelecciónismo presidencial» – et la première victoire – concerna l'interprétation de la constitution péruvienne du 29 décembre 1993. Cet article accordait au président un mandat d'une durée de cinq ans tout en précisant qu'il pouvait être réélu immédiatement («*de inmediato*») pour une période additionnelle. La précédente constitution de 1979 n'autorisait pour sa part une réélection présidentielle que «*transcurrido un periodo presidencial*». Or, cette modification constitutionnelle qui n'apparaît pas nécessairement aujourd'hui de nature à compromettre la nature démocratique du régime fut considérée par les rédacteurs et les commentateurs du texte constitutionnel de 1993 comme «sa raison d'être»¹³. En effet, elle est au Pérou à la conclusion de deux ruptures: celle d'avec un «constitutionnalisme historique» ancré, avant même la rédaction de la constitution de 1979, sur l'interdit catégorique du continuisme formulé par le texte constitutionnel de 1933: «no hay reelección presidencial inmediata. Esta prohibición no puede ser reformada ni derogada» (art.142).

Enfin et surtout elle s'insère dans une constitution du 29 décembre 1993 d'origine «*golpista*» puisqu'en effet ce texte est le produit d'un coup d'Etat réalisé le 5 avril 1992. Outre son caractère radical qui se manifeste par la dissolution du parlement et de l'ensemble des organes qui exercent le pouvoir judiciaire (Conseil national de la magistrature et Cour suprême), ce Coup d'Etat revêt trois caractères qui concernent directement notre propos:

¹³ BALLESTEROS E.B., con la colaboración de OTAROLA PENARENCLA A. (1997), *La constitución de 1993. Análisis comparado*, IES editores, Lima, , p.531.

Continuismo et présidentialisme constituant dans les États Andins

- Il s'agit d'un Coup d'Etat présidentiel (« auto-golpe ») assumé par Alberto Fujimori qui investit au titre de son statut de chef d'Etat des fonctions de « Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas » (art.273) sut négocier leur appui¹⁴.
- Dirigé contre une partitocratie taxée d'inefficience et de corruption, ce Coup d'Etat reçut « un appui populaire et citoyen enthousiaste » évalué selon les diverses mesures utilisées entre 70 et 84 % de la population¹⁵.
- En troisième lieu les pleins pouvoirs obtenus par la mise en place d'un *Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional* permirent à Fujimori de convoquer un Congrès Constituant élu le 22 novembre 1992 et d'organiser un référendum approuvant la nouvelle constitution (20 décembre 1993). Elu au premier tour des élections présidentielles du 9 avril 1995 avec la majorité confortable de 64 % des suffrages, son parti (cambio 90 - Nueva mayoría) obtenait également une majorité absolue des sièges au congrès établi depuis 93 en chambre unique.

Mais tout aussi intéressante pour notre propos que l'obtention de ces résultats électoraux permettant au président de s'assurer le contrôle des trois pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, fut la volonté présidentielle de pousser jusqu'à son extrême limite la stratégie du continuisme. A cet effet au cours de son deuxième mandat le président Alvaro Fujimori inaugura une thèse dite de la « constitution baptême » appelée, comme nous le verrons, à d'autres applications. Concernant en 1997 l'usage et les effets du texte péruvien de 1993, cette thèse lavait le président en exercice du péché originel que constituerait un premier mandat présidentiel acquis et exercé dans le cadre de la constitution précédente de 1979 et considéré de ce fait comme nul, voire non avenu. Cela lui permettait de revendiquer pour le futur la pleine et entière application des dispositions de l'article 112 du nouveau texte de 1993 et donc, considérant le mandat acquis lors de l'élection de 1995 comme un premier mandat, de pouvoir se représenter « *de inmediato* » pour ce qui n'en serait donc plus qu'un second.

¹⁴ Id. p. 83.

¹⁵ BALBI C.B , *Del golpe del 5 de abril al CCD. Los problemas de la transición a la democracia. Analisis Internacional*, N°4, octobre-diciembre 1993, p.42.

On connaît les suites malheureuses de cette stratégie présidentielle. Certes, en 1998 Fujimori obtint de sa majorité parlementaire et d'un tribunal constitutionnel épuré le vote et la ratification très discutée le 23 août 1997 de la « ley de interpretacion autentica de la consitucion » qui lui permit donc en 2000 de se présenter une troisième fois et d'être élu. Mais les conditions de fraude manifestes qui présidèrent à ce succès électoral (un deuxième tour (28 mai 2000) déserté par le candidat de l'opposition Alejandro Toledo) contribuèrent à la déstabilisation d'un pouvoir ultérieurement convaincu de manœuvres de corruption. Ce processus de déstabilisation se conclut dès le mois de novembre par la présentation par Fujimori, depuis le Japon où il s'est réfugié, de sa démission devant le Congrès qui le destitua (20 novembre 2000).

La théorie de la « constitution baptême » ne fut pas pour autant oubliée. Importée quelques années plus tard en Bolivie, elle inspira une tentative de son président Evo Morales d'écarter l'hypothèse d'une alternance au pouvoir trop rapide à son goût. Elu au premier tour de l'élection présidentielle de 2005 avec dans son programme la rédaction d'une nouvelle constitution, Evo Morales organisa à l'issue du vote par le Congrès d'une « ley especial de convocatoria » (mars 2006) l'élection d'une Assemblée Constituante. Elue le 2 juillet 2006 et installée à Sucre le 6 août elle fonctionna dans des conditions chaotiques jusqu'au transfert précipité de Sucre à la ville minière de Oruro des seuls membres de la majorité présidentielle pour voter en une quinzaine d'heures (8-9 décembre 2007) les 411 articles qui composent l'ensemble du texte¹⁶. En effet l'opposition de la coalition minoritaire (PODEMOS) s'était fixée avant même le début des travaux sur la critique de l'option retenue par le parti de la majorité présidentielle (MAS) de l'exercice par cette assemblée d'un pouvoir constituant originaire avec pour mission celle de « refundar el país ». Elle se radicalisa par la suite au point d'interdire lors des débats tout échange argumenté. Cette assemblée constituante ne fut pas en effet une assemblée délibérante. Les contestations assorties de violence se poursuivirent au-delà de la publication du projet pour se focaliser sur le contenu d'une deuxième « disposicion transitoria » (alinéa 3)

¹⁶ Jorge LAZARTE R. *La Asamblea constituyente de Bolivia: de la oportunidad a la amenaza*, doc. roneoté, 2009.

Jorge LAZARTE fut l'un des vice-présidents de l'Assemblée Constituante.

aux termes de laquelle les mandats antérieurs à l'application de cette Constitution ne seront pas pris en compte à des fins de calcul de «*los nuevos periodos de funciones*». Malgré l'indétermination de cette formulation constitutionnelle les calculs de l'opposition fixée à l'horizon d'une alternance présidentielle ardemment souhaitée s'avéraient aussi simples que rigoureux: déjà élu suivant les conditions déterminées par la réforme constitutionnelle du 13 avril 2004 jusqu'en 2009, le président en exercice bénéficiait suivant les dispositions du projet constitutionnel (art.169) d'un mandat d'une durée de cinq ans immédiatement renouvelable qui lui conférait une espérance de pouvoir le projetant jusqu'en 2020.

En fait, si on se réfère au fonctionnement des institutions tel qu'il a fonctionné en Bolivie entre les années 1980 et 2000 et tel qu'il fut théorisé par Rene Antonio Mayorga dans son modèle de «Presidencialismo parlamentorizado», ce seul dispositif concernant la durée et le renouvellement des mandats présidentiels signifia un véritable changement de régime politique. En effet, le texte constitutionnel de 1994 codifiait un système électoral qui, à défaut d'une candidature dotée d'une majorité populaire au premier tour, renvoyait les deux candidats ayant obtenu le plus de voix devant le congrès (art. 90). D'une durée de cinq ans le mandat était renouvelable «por una sola vez despues de transcurrido cuando menos un periodo constitucional» (art.87).

S'appuyant sur un multipartisme de type coalescent cette mécanique constitutionnelle créa une formule institutionnelle et gouvernementale fondée sur une partitocratie représentative regroupant les membres de la classe politique d'accord sur la nature du pacte social tel qu'il existait. Elle fut à l'origine de négociations et de coalitions pactées dont il résulta un partage du pouvoir concrétisé par des majorités de coalition et des alternances présidentielles. Il faut préciser que l'adhésion de cette classe politique à un principe de modération très semblable à celui recommandé par Montesquieu se fondait en réalité sur une pratique commune de la corruption substituant à la notion de partage du pouvoir celle de «répartition du butin»¹⁷.

¹⁷ MAYORGA R.N., « Presidencialismo parlamentarizado y gobiernos de coalicion en Bolivia », in LANZARO J. (compilador), (2001) – *Typos de presidencialismo y coaliciones politicas en America latina*, Flacso, Buenos Aires, pp.101-135.

Avec le processus de codification constitutionnelle mis en marche dès la victoire de Evo Morales au premier tour des élections présidentielles de 2005, les stratégies des acteurs politiques apparaissent radicalement différentes. L'accord sur le pacte social n'existant plus, l'objectif ne fut plus celui politique de négocier et de construire des coalitions dont le secret de la formation résiderait dans leur fragilité et leur changement mais au contraire, pour la formation du MAS qui a déjà conquis la majorité, de gérer le pouvoir et surtout de le garder. C'est donc contre l'art.178 du texte de 2008 autorisant une réélection présidentielle immédiate et surtout contre la deuxième disposition transitoire incluse dans le projet constitutionnel exonérant le président Evo Morales de son premier mandat qu'allaient se fédérer les partis de l'opposition. La solution à ce litige fut une solution de compromis négociée au sein du Congrès élu en 2005. Sommeillant mais toujours présent ce dernier appliquer sa compétence de réforme partielle de la constitution (art. 230, al.1 de la constitution de 2000) pour amender le texte voté par une Assemblée Constituante qui s'était pourtant déclarée expression d'un «pouvoir originaire».

C'est dans ces conditions où le droit ne reconnaît plus ni ses normes ni la hiérarchie des organes qui les élaborent que fut modifiée cette deuxième disposition transitoire de manière à ce que soit intégré dans l'ordre constitutionnel nouveau le mandat du président en exercice. Ainsi ne disposant plus que d'une seule possibilité de renouvellement de mandat, Evo Morales devrait clore son agenda présidentiel au plus tard en 2015. En fait il ne s'agissait que d'une hypothèse d'ores et déjà fortement fragilisée par les résultats des élections présidentielle et législative du 6 décembre 2009. Ces dernières en effet ont été de nature à conférer au président bolivien, réélu dès le premier tour avec la majorité confortable de 64,2 % des votants, la majorité dès 2/3 à «l'Assemblée Législative Plurinationale» indispensable pour entreprendre «une réforme partielle» de la constitution (art.411, al.2) dont personne ne faisait mystère du contenu. Et de fait cette majorité expédia quelques années plus tard pour décision de conformité constitutionnelle à un Tribunal Constitutionnel Plurinational un «projet de loi normative» qui arguant « du caractère nouveau de la constitution de 2009» devrait autoriser pour 2015 une troisième

candidature présidentielle du président Morales. Cette thèse fut endossée par cette juridiction dans sa décision du 29 avril 2013 qui n'intégra donc pas le premier mandat Morales (2006-2010) dans le décompte des deux mandats présidentiels (successifs) inscrits dans le nouvel ordre constitutionnel.

Les protagonistes de cette bataille pour le continuisme témoigneront de la même ardeur et ténacité tant au Venezuela qu'en Colombie ou en Equateur.

Du présidentielisme constituant au pouvoir constituant permanent: le Venezuela Chavista

Au Venezuela, les mathématiques sont simples et impressionnantes: Hugo Chavez élu président en 1998 bénéficiait au titre de la constitution de 1961 d'un mandat de 5 ans non renouvelable sinon après une période de 10 ans (art. 105 et 135). Réélu le 30 juillet 2000 au titre de la constitution de la République Bolivarienne du 19 décembre 1999 - son œuvre rappelons-le - il disposait d'un mandat de six ans renouvelable «de inmediato y por una sola vez para un periodo adicional» (art. 230), ce qui conférait à l'exercice de son pouvoir présidentiel un horizon 2012. A la suite de sa victoire électorale lors du référendum constitutionnel du 15 février 2009 (54,36% des votants), il bénéficie d'une nouvelle formulation de l'art.230 suivant lequel il peut être candidat à la fonction qu'il occupe pour la durée déterminée par le texte, soit six ans, «sa possible réélection dépendant exclusivement du vote populaire». Cette conquête de la rééligibilité indéfinie est d'autant plus remarquable qu'elle se réalise après une défaite électorale lors du référendum constitutionnel du 3 décembre 2007 traitant exactement du même thème. En effet ce référendum proposait au peuple une réforme constitutionnelle de grande ampleur qui répondait au souhait présidentiel d'adjoindre à l'élimination des conditions restrictives posées par le texte constitutionnel de 1999 à la rééligibilité présidentielle la détermination d'un objectif socialiste, la structuration d'un « *Poder Popular* » et une nouvelle définition des Forces Armées qui perdaient leur caractère de neutralité professionnelle pour devenir

«un corps patriotique, populaire et anti-impérialiste » (art.328). Qualifiée trop rapidement d'une défaite annonciatrice de la déroute finale¹⁸, cette très courte défaite (les «non» obtenaient 50,7% des suffrages) ne découragea pas Hugo Chavez qui quatorze mois plus tard proposa donc en février 2009 un nouveau référendum constitutionnel: il s'agissait d'un texte beaucoup plus court uniquement affecté, comme nous l'avons vu, à soumettre la volonté de réélection de l'ensemble des titulaires de fonctions publiques aux seuls aléas du vote populaire. Quelques minutes après avoir pris connaissance de sa victoire électorale le président s'adressait à la foule depuis le balcon présidentiel en ces termes. «A moins que le peuple n'en décide autrement, ce soldat qui vous parle sera la candidat aux élections de 2012 pour diriger le pays de 2013 à 2019».

Mais avant même que ne fussent consolidées ses espérances de reproduction au pouvoir, le président Hugo Chavez avait déjà poursuivi son œuvre de remodelage des institutions et de la société en faisant une utilisation systématique de la délégation législative. Ainsi est-ce à coup de décret-loi (26 exactement) issus d'une loi d'habilitation votée par l'Assemblée Nationale le 31 janvier 2007 et dont les grands titres furent publiés en bloc le 31 juillet 2008, soit dix huit mois après le vote de la loi d'habilitation, que furent mis en place, exception faite de la clause de rééligibilité immédiate et illimitée du président, tous les éléments idéologiques et institutionnels rejetés par le peuple lors du référendum constitutionnel de décembre 2007. De la sorte s'est établi une hyper- concentration des pouvoirs au profit de l'exécutif présidentiel en charge non seulement du pouvoir législatif mais d'un pouvoir constituant permanent¹⁹ auquel les quelques progrès électoraux de l'opposition enregistrés lors des élections législatives de septembre 2010 (67 sièges sur un total de 165, minorité suffisante pour bloquer le vote de lois d'habilitation requérant une majorité des 2/3) ne semblent devoir mettre un terme. En effet avant même que la nouvelle Assemblée Nationale convoquée en janvier 2012

¹⁸ PARAMO LOBETO, P., (2008), "No, por ahora." *Contrapunto de America Latina*. Enero/Marzo 2008, pp. 11-25.

¹⁹ REVENGA, J.R., (compilador), (2009) *La muerte de la Constitucion . Los 26 decretos leyes revisitados por el M/2D*. Editorial CEC, SA, Caracas.

ne se réunisse, Hugo Chavez avait pris la précaution de faire voter par son actuelle majorité une ultime loi d'habilitation qui lui permettra de gouverner par décrets jusqu'à la veille des prochaines élections présidentielles (octobre 2012).

Le formalisme constitutionnel, c'est-à-dire la soumission du mode d'élaboration de la décision politique aux procédures prévues par la constitution, apparaît donc complètement évacué de la substance d'un droit réduit à un ensemble de techniques juridiques dont la légitimité tient à l'appréciation par le président de leur aptitude à concrétiser le projet de société issu de l'alliance entre la personne présidentielle et la volonté du peuple. Cette conception instrumentale du droit et plus particulièrement de la constitution fait écho aux propositions formulées en 1928 dans l'Allemagne de Weimar par le théoricien du droit Carl Schmitt: «...*le pouvoir constituant est une volonté politique, c'est-à-dire un être politique concret...édicter une constitution ne peut en aucun cas épuiser, absorber ou consommer le pouvoir constituant. Le pouvoir constituant n'est pas abrogé ou évacué parce qu'il s'est exercé une fois etc...*»²⁰. Cette conception d'un pouvoir constituant inépuisable est poussée à son paroxysme actuellement dans le Venezuela «*chavista*» où le recours à la parole du leader interprète de la volonté populaire (en la circonstance c'est à cela que s'identifie «l'être politique concret» auquel Carl Schmitt fait référence) permet au chef de l'Etat de faire systématiquement impasse sur les mécanismes de révision constitutionnelle prévus par le texte constitutionnel de 1999.

Colombie: Echec au Président

Si en Colombie le président Alvaro Uribe témoigna d'une volonté de perdurer au pouvoir comparable à celle du président vénézuélien, les résultats de son entreprise furent tout autres. Elu en 2002 il ne disposait suivant les termes de la constitution de 1991 que d'un mandat

²⁰ SCHMITT, C. (1993), *Théorie de la Constitution*, Préface de Olivier Beaud, Presses Universitaires de France, Paris. p. 212 1^{er} édition allemande *Verfassungsgebre*, 1928.

unique de quatre ans .Le texte à cet égard ne prêtait à nulle équivoque: «ne peut être élu président le citoyen qui à quelque titre que ce soit aurait exercé la présidence » (art. 197).En 2005 (déc. du 19 octobre) il parvient à obtenir de la Cour Constitutionnelle (déc. du 19 oct. 2005) la ratification d'une modification de l'art. 197 de la constitution qui votée par le Congrès lui permettait de solliciter un deuxième mandat consécutif. En 2008 dans l'exercice de son second mandat il laisse libre cours à une pétition qui soumettait au Congrès (après bien des péripéties) une nouvelle écriture de l'art.197 autorisant Alvaro Uribe à prétendre à un troisième mandat consécutif. Le 26 février 2010 à quelques jours seulement de l'ouverture officielle de la campagne électorale présidentielle la Cour Constitutionnelle prononçait la non-conformité à la constitution du texte voté par le Congrès et mettait de la sorte un terme aux ambitions présidentielles d'Alvaro Uribe.

Il s'agit d'une décision à bien des égards étonnante. Elle l'est d'abord parce qu'elle s'avère le résultat d'une interprétation très extensive des compétences que la constitution affecte à la Cour. En effet en matière d'actes visant à une modification de la constitution, cette dernière ne dispose que d'un contrôle limité touchant au seul respect de la procédure (art.241). Or la notion de « *substitution de constitution* » citée maintes fois par les attendus de la Cour pour justifier le rejet de la proposition du Congrès, va nécessairement au delà de la notion de procédure pour toucher au fond. Cette audace de la Cour est d'autant plus surprenante qu'elle a censuré un texte du Congrès qui saisit par une pétition populaire n'avait pour objet que celui de soumettre à référendum et donc au peuple la décision d'autoriser une troisième candidature consécutive. Or il ne faisait nul doute selon les résultats à cet égard concordants d'une multiplicité de sondages d'opinion que la majorité des électeurs qui aurait dans une première étape voté ce référendum aurait également à l'issue de ce vote appuyé une troisième candidature Uribe.

En cette espèce la Cour a semblé disposer de ressources politiques suffisantes pour, passant outre la définition constitutionnelle de ses compétences, substituer sa volonté à celle du peuple. Parmi ces ressources il en est qui lui sont propres comme celle d'une solide tradition jurisprudentielle qui a pu, à partir du contenu de décisions précédentes et de l'accueil qu'elles reçurent, créer une

opinion publique colombienne acceptant le fait qu'une instance judiciaire puisse donner à des conflits politiques une solution juridictionnelle. Il en est d'autres étrangères au statut de la Cour qui tiennent à la faiblesse des acteurs politiques avec lesquels elle entre en concurrence. En la circonstance il s'agit de la relative fragilité de la dimension plébiscitaire que la présidence Uribe a tenté d'affecter à l'exercice de son pouvoir. Disposait-il réellement du charisme lui conférant la vertu d'apparaître par ses qualités extraordinaires la personne- et surtout la seule personne- apte à résoudre la crise engendrée par la présence de groupes armés défiant la souveraineté de l'Etat ? En Colombie il n'est pas sûr que l'état de guerre en quelque sorte « routinisé » du fait de sa seule permanence provoque une situation de crise propre à nourrir le charisme de la personnalité exerçant le pouvoir. Dès lors confrontées à la très forte dimension constitutionnaliste insérée dans la pratique du pouvoir par la jurisprudence de la Cour, les tentatives présidentielles de perdurer devaient prendre en considération l'exigence de la conformité à la constitution et à ses règles. L'acceptation immédiate et entière de sa défaite formulée par le président à l'issue du verdict de la Cour conforterait ce type d'appréciation.

Ecuador?

Tant par ses méthodes que par ses résultats la mise en œuvre en Equateur dès les années 2010 par Rafael Correa d'un projet continuiste formulé à partir de 2012 se rapproche plutôt du « *presidencialismo constituyente* » entrepris par Morales en Bolivie,. Elu au deuxième tour des élections présidentielles de novembre 2006 Rafael Correa appliqua un scénario aujourd'hui bien connu: convocation d'une Assemblée Constituante «avec pleins pouvoirs» ratifiée par le référendum du 15avril 2007, élections des membres de cette assemblée le 30 septembre où la formation présidentielle « Movimiento Pais » obtint la majorité absolue des représentants (80/130) et enfin ratification par un second référendum le 28 septembre 2008. du travail constituant réalisé par l'assemblée. S'agit-il comme cela fut dit d'une constitution sur mesure? Si on se réfère exclusivement à la préoccupation qui est la

nôtre, à savoir la guerre contre l'interdit du continuisme, les résultats apparaissent relativement modestes. Suivant l'ordonnement du texte constitutionnel de 1998 le président disposait d'un mandat de 4 ans renouvelable certes, mais après intermède de la durée d'un mandat présidentiel. Le texte de Montecristi de 2008 supprimant ce délai n'accorde une rééligibilité immédiate que « pour une seule fois » (art.144).

A la différence de ce qui se passa en Bolivie, l'humeur ne sembla pas prêter en Equateur à un débat public sur l'hypothèse de l'application de la thèse de la « constitution baptême», c'est-à-dire la capacité du nouveau texte constitutionnel d'effacer le péché originel que constituerait le premier mandat exercé sous l'empire de la précédente constitution de 1998. Ainsi Rafael Correa réélu en 2009 confortablement au premier tour (52% des suffrages exprimés) put-il présenter en février 2013 sa candidature à un troisième mandat consécutif qui selon son allocution télévisée tenue à l'issue d'un véritable triomphe électoral (56,76% des suffrages dès le premier tour) devrait être l'ultime : « *Nous sommes tous nécessaires, personne n'est indispensable*». Outre le caractère aisément modifiable de la deuxième proposition («*seule ma personne est indispensable*»), sollicite toute notre attention l'ampleur de la majorité réalisée à l'Assemblée Nationale par le parti présidentiel (Alianza Pais) : 91/137, soit la majorité des 2/3 qui est celle requise pour le vote d'un amendement qui ne remette pas en question « la structure fondamentale de la constitution»(art.441). Est-ce que une rééligibilité illimitée représenterait une altération structurelle de la constitution? Et si cela était le cas, y aurait-il en Equateur une instance aussi audacieuse que la Cour Constitutionnelle Colombienne pour la sanctionner?

Conclusions

A l'issue de cette rapide rétrospective dans les Etats andins des performances du *Presidencialismo constituyente* en matière de «*continuismo*», il apparaît utile de se pencher sur les rapports qu'il

entretient avec les deux phénomènes qui conditionnent son émergence et sa durée: avec le phénomène constitutionnel qui en principe structure les conditions mêmes de son déroulement, mais aussi avec celui du charisme dont on pourrait discuter de la pertinence pour qualifier le « leadership » revendiqué et pratiqué par les entrepreneurs de ce type de présidentialisme.

A propos de la constitution, il a été fait état plus haut d'une nouvelle étape franchie en cette Amérique latine sur le chemin de la démocratie dans la mesure où c'est exclusivement suivant les procédures inscrites dans la constitution que se traitent et se résolvent les conflits politiques. Ainsi devrions-nous nous féliciter du fait que ces chefs d'Etat qui ont nom Fujimori, Hugo Chavez, Evo Morales, Alvaro Uribe et Rafaelo Correa soumettent leur désir de perdurer au pouvoir à la formulation de nouvelles règles constitutionnelles qui, quelle que soit la diversité des procédures utilisées, sont ratifiées par le peuple. Disparaîtraient donc de l'horizon politique les solutions prétorienne du temps jadis pour laisser place aux débats politico-constitutionnels des assemblées compétentes et aux attendus du juge décideur de la conformité à la norme constitutionnelle déclarée souveraine. Il semble que cette stratégie soit celle déclarée solennellement par chacune des constitutions que nous avons citées, celle colombienne de 1991 mais encore celles issues du présidentialisme constituant: la péruvienne de 1993, vénézuélienne de 1999 et celles équatorienne et bolivienne (2008 et 2009). Aucune en effet ne manque à la mission de déclarer allégeance à la souveraineté de la norme constitutionnelle.

En fait une observation plus attentive des rapports entre le présidentialisme constituant et la constitution nous contraint à diversifier notre appréciation concernant leur nature suivant les Etats relevant de cette Zone Andine. Certes en Colombie le constitutionnaliste le plus exigeant n'eut qu'à se féliciter de l'issue de la récente confrontation entre la Cour Constitutionnelle et la présidence Uribe contrainte, rappelons-le, de renoncer à quelques semaines des élections présidentielles à une deuxième rééligibilité. En cette circonstance c'est avec éclat que le juge a affirmé la maîtrise de la norme constitutionnelle sur le principe majoritaire. Mais il semble bien que cette capacité du juge à défendre sa souveraineté sur la constitution relève d'un exceptionnalisme colombien. Il en est tout autrement

en d'autres Etats où le peuple convoqué à l'élaboration de la constitution est celui-là même qui créé par la parole présidentielle ne se considère lié par aucune sédimentation constitutionnelle préalable

En effet une deuxième réflexion suscitée par cette corrélation entre ce présidentialisme constituant et le *continuisme* nous laisse à penser que l'efficace des dispositions inscrites dans le texte est étroitement soumise à cette vertu extraordinaire reconnue au message présidentiel de donner corps à la volonté du peuple. Ainsi le message présidentiel est-il investi vis-à-vis des dispositions inscrites dans la constitution de la souveraineté d'un pouvoir constituant originaire mais aussi permanent; car incorporé dans son discours il est susceptible de se manifester à tout moment. Ainsi le président- cela est particulièrement vrai au Venezuela de Hugo Chavez- n'a-t-il de considération que pour les dispositions de la constitution qu'il ne souhaite pas changer ou tout simplement ignorer.

A partir de cette observation on comprend mieux l'importance de l'inscription dans la constitution de la clause de la rééligibilité illimitée. Mais en eux-mêmes ces textes qui ne confèrent rien de plus que la rééligibilité ne constituent ni une garantie de réélection ni même une sauvegarde contre certains incidents de parcours identifiés aujourd'hui sous le nom de «interruptions présidentielles». Par « interruptions présidentielles on entend les divers procédés plus moins en rupture par rapport à la légalité constitutionnelle qui mettent inopinément un terme à l'exercice du mandat présidentiel. Il peut s'agir de démissions sous la pression de la rue, comme celle du président bolivien Sanchez de Losada en octobre 2003 ou de procédures d'impeachment hâtivement montées à la suite de manifestations populaires par le Congrès en Equateur à l'encontre du président Gutierrez (2005). Leur fréquence dans certains de ces Etats Andins a suscité des commentaires qui pour certains d'entre eux les considèrent comme des épisodes contribuant à la respiration démocratique de gouvernements de type présidentiel dont les mécanismes rigides s'opposent à la mise en œuvre ponctuelle, comme c'est le cas dans les régimes parlementaires, d'une responsabilité du chef de l'Etat²¹.

²¹ MARSTEINTREDET, L (2008), «Las consecuencias sobre el regimen de las interrupciones presidenciales en America Latina», *America Latina Hoy*, 49, pp. 31-50.

Si on peut ne pas être d'accord avec la pertinence d'une appréciation qui assimile les effets d'un soulèvement populaire à une motion de censure parlementaire, la récurrence de ces phénomènes nous permet de nous interroger: le «charisme» reconnu aujourd'hui à certaines personnalités présidentielles – ou celui que ces personnalités se reconnaissent- les met-il à l'abri de ce type d'événements?

De ce point de vue il serait intéressant de revenir sur l'itinéraire du président péruvien Fujimori car il illustre l'éclat mais aussi la fragilité des carrières politiques empruntant essentiellement leurs ressources à une légitimité de ce type. Inconnu à quelques semaines du scrutin présidentiel de 1990 il talonne au premier tour le candidat conservateur Mario Vargas Llosa pour le laisser à plus de vingt points lors du second. La vague de ce que l'on a appelé un «tsunami» qui allait rouler avec fracas jusqu'aux élections présidentielles du 11 avril 1995 où Fujimori conquiert dès le premier tour un deuxième mandat avec la majorité écrasante de 64% des suffrages, le laisse in fine sans forces à l'issue d'une troisième victoire obtenue en mai 2000 dans les conditions douteuses et l'issue évoquées plus haut. A l'heure actuelle incarcéré au Pérou depuis 2007, il a été le 7 avril 2009 au terme d'un procès fleuve (16 mois) déclaré responsable de l'organisation d'un appareil de pouvoir convaincu de crimes contre l'humanité et condamné à 25 ans de prison. Cela dit l'opération particulièrement délicate du «transfert de charisme» tentée depuis 2006 sur sa fille aînée, Keiko Fujimori, échoua de fort peu puisque lors des élections présidentielles de juin 2011 elle ne fut battue par le président actuel Ollanta Humala qu'au deuxième tour avec un score de 48,4 % des suffrages exprimés.

Or ce phénomène de routinisation propre au charisme présidentiel ne se se transmet-il pas aux textes constitutionnels qu'il a contribué à élaborer? Considérés de par les usages arbitraires qu'il en est fait comme des outils au service exclusif de la volonté présidentielle, leurs mécanismes, tant ceux qui participent à l'élaboration des décisions que ceux qui président à une alternance au pouvoir, n'apparaissent au mieux aux yeux de l'opposition que comme un recours parmi d'autres. Ainsi très curieusement semble perdurer ou renaître une pratique que l'on croyait avoir disparu en même temps que les anciens dogmes de la Sécurité Nationale revendiqués par les armées prétoriales. Il s'agit de celle du «*golpismo*» qui consiste en une ascension aux extrêmes de

revendications émises ou appuyées par les appareils coercitifs de l'Etat et qui sautant les médiations de l'appareil représentatif interpellent directement le chef de l'Etat. Ainsi à Quito le 1^{er} octobre 2010 une revendication des forces de police d'ordre strictement corporatiste s'est-elle traduite par de violentes bousculades autour de la personne présidentielle que cette dernière a considérées, peut-être pour sauver la face, comme une tentative de coup d'état fomentée par l'opposition dirigée par l'ancien président (et ancien colonel «*golpista*») Lucio Gutiérrez .Il est vrai que dans une configuration de participation politique intense où tout tient à la personne qui exerce le pouvoir présidentiel une manifestation d'opposition atteignant une certaine dimension institutionnelle ou collective tend naturellement à déborder le cadre sectoriel dans laquelle elle s'inscrit pour contester non seulement la décision qui est à son origine, mais la personne présidentielle et au travers d'elle, le régime dont elle contrôle tous les pouvoirs ainsi que l'idéologie qu'elle l'incarne. Citons également au Venezuela la tentative de coup d'état qui entre le 12 et le 14 avril 2002 permit au président Chavez de passer en l'espace de deux nuits et un petit matin du statut de démissionnaire à celui de destitué puis in fine à celui de président qui n'aurait jamais quitté l'exercice de ses fonctions.

Par ailleurs l'évocation de cet événement dans l'itinéraire présidentiel d'Hugo Chávez nous fait songer que dans ce chassé croisé personnalité charismatique-constitution, il advient que ce soit la personnalité qui puisse faire définitivement défaut. Ainsi l'inscription d'une rééligibilité perpétuelle dans un texte constitutionnel ne fait-elle pas don à la personne qui en serait la bénéficiaire de l'immortalité. La disparition le 5 mars 2013 du président en exercice de la république bolivarienne du Venezuela a mis à découvert un régime politique dépourvu d'une part de charisme, le transfert de cette vertu au président actuel Nicolas Maduro s'avérant pour le moins problématique; dépourvu d'autre part de système de partis ,de consensus et peut-être même de constitution pour traiter démocratiquement et pacifiquement des conflits que le charisme *chavista* jusqu'à l'heure à la fois créait et résolvait.

A bien y réfléchir ce ne serait pas de déficit démocratique dont souffriraient les «continuismes» instaurés par le *Presidencialismo Constituyente des Etats Andins*, notamment par celui des Etats du

«*socialismo del siglo XXI*», mais d'une tension extrêmement forte entre d'un côté un discours révolutionnaire fondé sur une intense participation politique d'essence charismatique et de l'autre l'exigence d'une formule (quelle qu'elle soit) d'institutionnalisation du pouvoir. A défaut de réalisation d'un certain équilibre entre discours du chef et mode d'institutionnalisation le risque encouru est celui d'une alternance entre un autoritarisme gouvernemental et une instabilité voire une entropie. A cet égard un rappel du paradigme institutionnel de S.P.Huntington de 1968 (*Political Order in Changing societies*) nous apparaît plus pertinent que celui d'une critique démocratique arc-boutée sur le critère du pluralisme.

A cet égard il paraît utile de conclure par l'évocation du devenir du *continuisme* tel que le pratique aujourd'hui la présidence Evo Morales en Bolivie. Ce ne sont pas seulement les bonnes performances sociales et économiques réalisées par sa gestion qui expliquent le troisième succès électoral emporté par Evo Morales dès le premier tour de l'élection présidentielle du 12 octobre 2014 mais le statut du charisme suscité par sa personnalité. L'adhésion qui dès l'année 2005 affecta sa première campagne présidentielle n'était pas, loin s'en faut, fondé sur la seule puissance attractive de sa personnalité, mais également et surtout sur le fait qu'elle contribua à projeter de manière irrésistible dans l'espace public la masse des indiens entrés déjà depuis les années 2000 en effervescence et qui cherchait une solution électorale à une contestation non seulement majoritaire mais aussi fortement institutionnalisée: syndicats dont celui des *cocaleros* dont Morales garda la présidence durant l'exercice de ses mandats présidentiels, communautés indigènes, fédérations diverses. Toutes organisations avec lesquelles la présidence ultérieurement et à maintes reprises confrontée dût non seulement négocier mais aussi compromettre. Comme elle le fit par deux fois en 2011 à propos de litiges concernant une hausse de prix de carburant et le tracé d'une voie transamazonienne. Si charisme il y a, il s'agit d'un charisme d'arbitrage qui fait du président actuel la personnalité indispensable à l'efficace d'un système politique apte à résoudre pacifiquement des conflits issus d'une société civile tout à fait autonome. L'important de la Constitution se résumant pour l'essentiel à la formulation d'un *Continuisme rationalisé* qui ritualise lors des échéances électorales présidentielles un pluralisme pour l'instant de peu de conséquences.

Sistema judicial francés

Janine M. Otálora Malassis*

Este ensayo tiene como fin presentar los mecanismos de control de legalidad y de constitucionalidad en el sistema judicial francés. El debate entre legalidad y constitucionalidad revela los profundos cambios que se han dado en el orden jurídico contemporáneo. Los estados democráticos han pasado de ser estados legales, como los definía Carré de Malberg, a ser estados de derecho constitucional, en los que el concepto de constitucionalidad es fundamental.

En el Estado legal, la constitucionalidad es sólo un accesorio de la legalidad, en tanto que, en el Estado de Derecho constitucional, la legalidad no es más que un elemento de la constitucionalidad.

Poco a poco, el principio de legalidad se amplió al incluir —además de las leyes— los decretos, reglamentos, principios generales de derecho y la jurisprudencia; la Constitución apenas se mencionaba. La fuerza de este principio se debió a dos razones: una referente a la determinación dogmática de que el legislador es infalible y, la otra, a que la ley protege las libertades individuales.

Así, la legalidad es un principio que se puede fragmentar (en administrativa y judicial), en tanto que la constitucionalidad es única. Por ello, mientras que en el Estado legal se puede decir que cada rama del derecho tiene su legalidad, en el Estado de Derecho constitucional esta

* Magistrada presidenta de la Sala Regional Distrito Federal del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

afirmación no es posible, ya que la legalidad es un componente de la Constitución.¹

En las últimas décadas, el orden jurídico de muchos países europeos empezó a girar en torno a un nuevo eje: la constitucionalidad. Ahora bien, esta evolución no implicó la fusión de la legalidad y de la constitucionalidad, ya que la primera subsiste con un papel distinto.

La constitucionalidad sustituyó a la legalidad en dos puntos: ser la fuente de las fuentes y el vehículo de los valores fundamentales. En un Estado de Derecho, la Constitución es la que distribuye las competencias normativas y el juez constitucional es el que vigila su cumplimiento. Con ello, el legislador ya no es árbitro, pues no puede extender ni reducir su propia competencia, tomando en cuenta que la Constitución es la que garantiza el contenido esencial de los derechos fundamentales. En lo que respecta a las normas constitucionales, al ser de aplicación directa, ya no requieren que la ley las active, ésta sólo debe ejecutarlas.

Con el constitucionalismo creciente, los jueces, tanto judiciales como administrativos, deben —con mayor frecuencia— aplicar normas constitucionales, por lo que tienen que recurrir a la jurisprudencia constitucional. La constitucionalización del orden jurídico implica que este concepto se torne un elemento aplicable al conjunto de los sectores de dicho orden, pudiendo influenciarlos. Con esta evolución de la legalidad y de la constitucionalidad, las instituciones encargadas de su control también se han desarrollado.

En el sistema francés, la Corte de Casación garantiza la legalidad judicial donde el Consejo de Estado asegura la legalidad administrativa y el Consejo Constitucional controla la constitucionalidad. Las dos primeras existen desde el siglo pasado, cuando Francia era un Estado legal. El Consejo Constitucional fue creado como consecuencia del surgimiento del Estado de Derecho constitucional en 1958.

Este trabajo inicia con una breve presentación del sistema judicial francés, del que deriva el control de la legalidad.

Posteriormente, se estudia las instituciones encargadas de vigilar el respeto a la legalidad judicial y administrativa, así como el procedimiento que se sigue ante cada una de éstas.

¹ Véase Louis Favoreau. “Légalité et Constitutionnalité”. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*. No. 3, París, Francia.

Después, se analiza la organización, competencia y funcionamiento del Consejo Constitucional, autoridad suprema.

Presentación del sistema judicial

El orden judicial francés está dividido en dos tipos de jurisdicciones: el judicial y el administrativo. Las competencias judiciales resuelven los conflictos entre particulares, en tanto que las administrativas se dedican a las controversias entre los particulares y las autoridades administrativas.

Los principios en los que se basa el sistema judicial francés son los de igualdad entre las personas, libre acceso a la justicia y ayuda jurisdiccional.²

Competencias del orden judicial

En primera instancia, el orden judicial comprende a los tribunales en materias civil, penal y competencias especializadas; los tribunales de comercio, paritarios de arrendamientos rurales, de asuntos del seguro social y las juntas locales de conciliación y arbitraje.³ Estas últimas se caracterizan por no estar integradas por magistrados de carrera, sino por profesionales de la rama electos por sus pares.

La segunda instancia comprende únicamente a la Corte de Apelación. En principio, cualquier asunto que haya dado lugar a una resolución de un órgano judicial de primera instancia puede ser juzgada una segunda vez (principio del doble grado de instancia).

² La ayuda jurisdiccional o judicial en México equivale a la institución de la Defensoría de Oficio, aunque la organización de ambos sistemas difiere por completo.

³ Las juntas locales de conciliación y arbitraje se denominan “Les conseils des Prud’ hommes”. Su existencia se remonta a 1806, cuando por ley se creó el primer consejo, cuyo nombre fue propuesto por la Cámara de Comercio de Lyon. La palabra *prudhomme* se aplica a un hombre de honor, sabio y leal. Es un hombre experto y especializado en un oficio, a quien se le encomiendan ciertas funciones como atestiguar en justicia, estimar el valor de un objeto... Fue hasta 1806 cuando se cambió el sentido de esta palabra para referirla a los miembros de las juntas de conciliación y arbitraje.

La organización de la Corte comprende la sección judicial,⁴ el Ministerio Público, la secretaría,⁵ el servicio civil, el servicio penal y el servicio administrativo regional.

La persona que perdió un juicio en primera instancia, tanto el demandante como el demandado, tiene derecho a apelar. El recurso de apelación (RAP) puede versar acerca de todos los puntos del juicio o sólo de algunos. Existen dos tipos de recursos de apelación: el ordinario y el de reformatión.⁶

Competencias del orden administrativo

Las jurisdicciones administrativas son distintas e independientes de las del orden judicial. Los órganos jurisdiccionales especializados en materia administrativa son los tribunales administrativos (que conocen de los juicios en primera instancia), las cortes administrativas de apelación (tribunales de segundo grado) y el Consejo de Estado (órgano encargado del control de la legalidad).

Los tribunales administrativos son jurisdicciones especializadas de primer grado, competentes para conocer y resolver las controversias entre los ciudadanos y los poderes públicos. Además, tienen otras atribuciones y pueden ser consultados por un prefecto,⁷ en cuyo caso el tribunal sesiona de manera colegiada.

⁴ En el sistema judicial francés no existe división entre el Poder Judicial (que juzga) y el Ministerio Público. Ambos dependen del ministro de justicia y del Consejo Superior de la Magistratura. En todos los órganos jurisdiccionales ambos están presentes. El Poder Judicial, en tanto autoridad que juzga, se denomina *siège*, debido a que los magistrados que lo integran trabajan sentados, en oposición al Ministerio Público, cuyos miembros trabajan en el terreno realizando investigaciones.

⁵ En la organización judicial francesa algunos órganos jurisdiccionales tienen un *greffe*. Éste es un servicio integrado por funcionarios que realizan los servicios administrativos. Su función consiste en apoyar a los magistrados durante la audiencia y levantar el acta de la secretaría. El jefe de este servicio es responsable de las minutas y de los archivos y expide las sentencias.

⁶ Véase Jean Larguier. *Procédure civile. Droit judiciaire privé*. Mémentos Dalloz, 2003, París, Francia.

⁷ En el derecho administrativo francés, el prefecto es la autoridad que el gobierno nombra en un departamento con dos funciones. Como agente del Estado, es el delegado directo del gobierno en su circunscripción. Como agente del departamento, instruye los asuntos que deben ser remitidos al Consejo General y garantiza el cumplimiento de las decisiones del Consejo.

Por su parte, las cortes administrativas de apelación revisan las decisiones de los tribunales en la materia. Existe un caso particular, cuya apelación se realiza ante el Consejo Constitucional, cuando se trata de las decisiones de un tribunal administrativo relativas al registro de las candidaturas para las diputaciones o las senadurías. Estas decisiones pueden ser impugnadas cuando se interpone un recurso contra la elección en su conjunto.

Cada corte cuenta con 3 o 4 salas, cuyo número es determinado por decreto. Las cortes están presididas por un consejero de Estado que no es miembro de los tribunales ni de las cortes administrativas, aunque sí puede ser originario de este cuerpo. Además, pueden sesionar en Pleno, integrado por 7 miembros, con la responsabilidad de su presidente.

Existen tres tipos de recursos: el principal, el incidental y el provocado.

El recurso principal es el más frecuente y sencillo. Lo presenta la parte que perdió en primera instancia.

El recurso incidental presupone que existe un recurso principal y que la sentencia no satisface plenamente todas las pretensiones de las partes. Lo interpone el demandado, quien retoma las conclusiones que en primera instancia no fueron satisfechas. Este recurso no se puede interponer en los litigios por infracciones a las vías generales de comunicación, electorales y de los procesos disciplinarios, porque equivaldría a una *reformatio in peius* en beneficio de la administración pública.⁸

El recurso provocado existe cuando el recurso principal permite que un demandado justifique un interés nuevo que hace posible poner en causa, ante el juez de segunda instancia, a uno o varios de los demandados.

Si el recurso lo presenta el demandante, el juez de apelación tiene tres posibilidades: puede confirmar los argumentos del juez de primera instancia, en cuyo caso desecha el recurso; puede analizar otro argumento y llegar a la misma conclusión, por lo que desecha el recurso por sustitución del argumento equivocado, y puede fundar su determinación en un motivo descartado de manera errónea en primera instancia,

⁸ Véase Christian Gabolde. *Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*. Dalloz, París, Francia, 1997, p. 378.

o tomar uno de los nuevos agravios presentados en el recurso, o bien estudiar un agravio de interés público y anular la sentencia en beneficio del demandante.

Si el recurso lo presenta el demandado, el juez de segunda instancia puede conservar los mismos argumentos que el juez de primera instancia y desechar el recurso.

Control de la legalidad

En el sistema jurídico francés existen dos instituciones encargadas de controlar la legalidad de los actos de las competencias del orden judicial y del orden administrativo: la Corte de Casación (Cour de Cassation)⁹ y el Consejo de Estado, respectivamente.

Corte de Casación

Es la jurisdicción suprema en el orden civil, penal y para los tribunales especializados (tribunales de comercio, juntas de conciliación y arbitraje, tribunales de los arrendamientos rurales, jurisdicciones sociales, etcétera).

Comprende una sección judicial integrada por el primer presidente de la Corte, los presidentes de las salas, los consejeros¹⁰ y los consejeros *référéndaires*.¹¹ Todos ellos propuestos por el Consejo Superior de la Magistratura y nombrados por el presidente de la República y la Fiscalía General (integrada por el procurador general, el primer abogado general y abogados generales).¹²

La Corte de Casación está dividida en 6 salas: 3 civiles, 1 penal, 1 social y 1 mercantil, fiscal y económica. Las salas mixtas están

⁹ En francés la palabra *cassation* viene del verbo *casser*, que quiere decir “romper”. Se dice que la Corte de Casación rompe resoluciones judiciales.

¹⁰ Los magistrados adscritos a la Corte de Casación, así como a las cortes de apelación, tienen el título de consejeros.

¹¹ Los magistrados comisionados en la Corte de Casación tienen el título de consejero *référéndaires*.

¹² Abogado general es el término con el que se define a los miembros del Ministerio Público adscritos a la Corte de Casación.

integradas por el primer presidente de la Corte y por miembros de, por lo menos, 3 salas, es decir, el presidente de la sala, el consejero decano y 2 consejeros.

El Pleno de la Corte comprende 19 miembros: el primer presidente y 3 miembros de cada sala: el presidente, el decano y un consejero, este último es designado por el primer presidente a propuesta del presidente de la sala.¹³ Se designa en general al que tiene mayor experiencia.

La Corte de Casación verifica la aplicación del derecho tanto en el fondo como en la forma, pero no asume jurisdicción. El recurso de casación se interpone, en última instancia, contra una resolución judicial definitiva; se basa en la violación de la ley, el abuso de poder, la incompetencia, la falta de formalidad, la falta de fundamentación, la contradicción de sentencia o la pérdida de fundamento jurídico.

La ley dispone que cualquier parte de interés jurídico, incluido el Ministerio Público, se puede proveer en casación, aun cuando la disposición desfavorable no beneficia a su adversario.¹⁴

El Nuevo Código de Procedimientos Civiles dispone que el recurso de casación tiene como objeto que la Corte censure la no conformidad de la resolución impugnada con las reglas de derecho.

La Corte controla, también, la interpretación de los tratados internacionales que en el sistema francés tienen superioridad jurídica por encima de la ley nacional, siempre y cuando el tratado haya sido ratificado y publicado en el Diario Oficial y que los sujetos de derecho se puedan valer de éste. En cuanto al derecho comunitario, la Corte debe aplicar el artículo 177 del Tratado de Roma.

De igual manera, la Corte de Casación controla la conformidad de las resoluciones judiciales a las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950.

Se puede desechar tanto un recurso de casación como un agravio. Si se desecha el recurso, la decisión es radical. Si se desecha un agravio, el recurso se puede mantener. Un agravio no es admitido cuando es complejo o impreciso.

¹³ Esta integración fue establecida por la ley del 23 de abril de 1997. Anteriormente, el Pleno comprendía 25 personas.

¹⁴ Véase *Nouveau Code de Procédure Civile*, artículo 609.

En materia penal, los casos de casación son la violación de la ley penal —en particular, lo relativo a la calificación de los hechos y a las sanciones aplicables—, el abuso de poder y la incompetencia.

Cuando la demanda ya se remitió a la otra parte, ésta dispone, según el procedimiento, de dos a tres meses para entregar su contestación a la secretaría y al promovente.

El ponente debe elaborar su informe, una nota y un proyecto de resolución. Entonces, el expediente se envía al Ministerio Público para que lo turne a uno de los abogados generales, quien deberá elaborar conclusiones, en las que no tiene que responder a todos los agravios: sólo debe opinar de los que plantean un problema. Una vez terminadas las conclusiones, el expediente es turnado a la sala para ser examinado por su decano y luego por su presidente.

En materia civil —con excepción de los casos en que el recurso imposibilita la ejecución de la sentencia—, si el promovente no justifica haber ejecutado la sentencia impugnada, el presidente —por petición de la otra parte y previa opinión del procurador— puede retirar el asunto del turno, a menos que la ejecución de la sentencia tenga consecuencias excesivas.

Una vez que se justifica que la sentencia fue ejecutada, el primer presidente autoriza la reinscripción del asunto en el turno, a menos que se dé la caducidad de la instancia.

El procedimiento de casación concluye por la ausencia de acción del promovente en los términos legales y por la caducidad de la instancia civil. En la práctica, sólo se aplica en el caso del retiro de turno. En materia penal se actualiza sólo cuando se extingue la acción pública.

La resolución es el resultado de lo deliberado en la audiencia, la cual comprende una parte pública y una privada. Si no se llega a un acuerdo, la sala sesiona en Pleno; si tampoco se llega a un acuerdo, el asunto se va a una sala mixta, lo cual es muy raro. La resolución de casación puede anular la sentencia impugnada ordenando o no el reenvío del asunto.

Corte de Casación como autoridad

En el sistema judicial francés, la Corte tiene un papel predominante en la formación de la jurisprudencia, que puede derivar de la aplicación de la ley o de los vacíos jurídicos.

Cabe señalar que, cuando se trata de la interpretación o aplicación de un precepto legal invocado en un recurso, la Corte sólo se puede pronunciar en relación con lo manifestado por el recurrente, es decir, se debe limitar a contestar la pregunta formulada en el recurso.

La Corte tiene, también, una facultad de consultoría que consiste en dar su opinión acerca de un problema jurídico a las competencias de primera y segunda instancias. Con ello, reduce las posibilidades de que las partes en un juicio interpongan recursos de casación. Esta facultad no está prevista en materia penal, porque la Corte no puede dar su opinión si se encuentra resolviendo recursos del mismo tema.

Existe en la Corte una comisión encargada de indemnizar a las personas perjudicadas de manera anormal y grave por haber sido detenidas antes de declararse en un juicio el sobreseimiento o la absolución. Su decisión en este caso no debe ser motivada y es inapelable.

Control de la legalidad administrativa. Consejo de Estado

Este Consejo es, a la vez, juez supremo en materia administrativa y consejero del gobierno, ya que examina las iniciativas de ley y los proyectos de decreto, antes de que éstos sean vistos por el Consejo de Ministros. Asimismo, emite una opinión acerca de la legalidad de estos textos, su forma y su oportunidad administrativa. Puede también estudiar, a solicitud del gobierno o por iniciativa propia, todo problema o cuestión de índole jurídica o administrativa.

El Consejo de Estado está presidido por el primer ministro, quien puede ser suplido por el ministro de justicia. Esta presidencia es teórica, ya que en la práctica quien lo dirige es el vicepresidente del Consejo, figura creada en 1872.

El vicepresidente es nombrado por decreto del presidente de la República y aprobado por el Consejo de Ministros. Es el funcionario público de más alto rango en el país y se elige entre los consejeros de Estado o los presidentes de salas.

El Consejo de Estado comprende, aproximadamente, 300 miembros, de los cuales dos terceras partes están en funciones en la institución y la otra parte está comisionada fuera de ésta.

El Consejo de Estado es la instancia suprema de las jurisdicciones administrativas. Todos los litigios en los que está involucrada una

autoridad pública (Estado, regiones, departamentos, comunas, establecimientos públicos), o una persona física encargada de un servicio público son de la competencia de las jurisdicciones administrativas y, por ende, en última instancia del Consejo.

El Consejo de Estado tiene tres competencias:

- 1) Por regla general, es juez de casación para resolver todos los recursos que impugnan las decisiones de las cortes administrativas de apelación y las decisiones judiciales de jurisdicciones administrativas especializadas.
- 2) Actúa como juez de apelación para resolver los recursos contra las elecciones municipales y cantonales, así como de apreciación de legalidad.
- 3) Es juez de primera y última instancia para resolver los recursos contra los decretos, los actos reglamentarios de los ministros, las decisiones de los organismos colegiados con competencia nacional, el contencioso de las elecciones regionales y europeas, las controversias relativas a la carrera de los funcionarios designados por decreto del presidente de la República y los litigios incoados en el extranjero.

En materia de contencioso especial, el Consejo es competente para conocer los litigios derivados de las elecciones europeas y de las regionales, de los recursos por abuso de poder que impugnan las decisiones que el ministro de economía toma después de consultar a la Comisión de la competencia y de los precios, así como de los recursos contra decisiones del Tribunal Administrativo que otorgan o niegan una autorización para litigar a un contribuyente de la Unión Europea.

En el papel de juez de apelación, la competencia del Consejo de Estado abarca pocas materias; por ejemplo, cuando, en segunda instancia, se impugnan decisiones concernientes a las elecciones municipales, cantonales y litigios conexos a estos escrutinios, como las renunciaciones de oficio, las suplencias y las listas de candidatos. Esta competencia comprende, también, los recursos de legalidad.

Para instar al Consejo, la parte demandante le debe presentar su recurso en los términos legales y, en ciertos casos, por medio de los servicios de un abogado. Este recurso puede ser desechado cuando es extemporáneo, ya que no fue presentado por un abogado ante el

Consejo, o bien porque no tiene agravios serios que pongan en duda la solución jurídica del juez.

Cuando es instruido el asunto, el presidente de la sección lo turna a un ponente para su resolución. Posteriormente, se envía al comisario del gobierno, quien lo estudia y lo alista para una sesión de resolución. Los expedientes de la sesión se mandan siempre al mismo comisario.

El proyecto de sentencia puede ser consultado en el Consejo el día de su lectura, después se notifica al promovente. El Consejo de Estado y las cortes administrativas de apelación tienen las mismas facultades cuando resuelven una apelación, pues aunque el primero no sea un juez de tercera instancia, su función consiste en garantizar la correcta aplicación de la regla de derecho.

Al resolver el recurso, el Consejo puede desecharlo, revocar la resolución impugnada y devolver el asunto a los jueces o, bien, revocar la resolución y resolver el litigio en el fondo en plenitud de jurisdicción.

Además de ser juez de legalidad, el Consejo es el asesor del gobierno, que, en algunos casos, está obligado a consultarle (de forma facultativa).

Las iniciativas de ley del Poder Ejecutivo deben ser sometidas al Consejo de Estado para su opinión, antes de que se aprueben en el Consejo de Ministros y se envíen al Parlamento.

Control de constitucionalidad. Consejo Constitucional

En 1573, en el antiguo régimen francés, Théodore de Bèze, Jean Bodin en su obra *Los seis libros de la República* (1576) y, diez años más tarde, Achille de Harlay se referían a las leyes fundamentales del reino, cuando hablaban de aquellas que permitían limitar la acción del rey en ciertas circunstancias. Se decía, entonces, que el rey no tenía posibilidad alguna de violar las leyes fundamentales del reino, preparando, así, el paso de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional.¹⁵

¹⁵ Véase Dominique Turpin. *Le Conseil constitutionnel. Son rôle, sa jurisprudence*. Hachette, París, 1995, Francia, pp. 9-11.

La teoría del poder constituyente empezó a surgir en la era revolucionaria con Jean-Jacques Rousseau y Emmanuel Sieyès. Durante casi dos siglos, en el derecho francés predominó el principio según el cual la ley es la expresión de la voluntad general, la cual es general por su objeto: el bien o el interés común. Con ello, se justifica que se imponga una razón a la minoría y se rechace cualquier idea de control o de censura de la ley.

En la Cuarta República, se creó el Comité Constitucional presidido por el jefe de Estado e integrado por los presidentes de las dos Cámaras, 7 personalidades designadas por la Cámara de Diputados y 3 por el Consejo de la República.¹⁶ Dicho Comité resultó ser, en la práctica, más un órgano de conciliación que de control constitucional.

En la Segunda Guerra Mundial surgió la necesidad de una garantía jurisdiccional de los textos constitucionales, a fin de que se obligara tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo a respetar los derechos y las garantías individuales.

Así, en la Constitución francesa del 4 de octubre de 1958 se creó el Consejo Constitucional con facultades más limitadas de las que dispone hoy en día. Corresponde al modelo europeo de justicia constitucional.

Posteriormente, el 29 de octubre de 1974 se modificó la Constitución, de manera que 60 senadores o 60 diputados podían impugnar la constitucionalidad de una iniciativa de ley aprobada por el Parlamento. Con esta reforma se permitió que la minoría parlamentaria pudiera ejercer un control de constitucionalidad.

El Consejo Constitucional comprende 9 miembros cuya sustitución se hace de manera escalonada (se renueva una tercera parte de sus miembros), cada tres años: 3 miembros son designados por el presidente de la República, 3 por el presidente del Senado y 3 por el presidente de la Asamblea Nacional. Se reúne cuando lo convoca su presidente. Para tomar decisiones y emitir opiniones, se requiere de la presencia de por lo menos siete miembros, y en caso de empate el presidente tiene voto de calidad.

¹⁶ En la Cuarta República (1946-1958), el Consejo de la República era el Senado.

El Consejo es competente para controlar la constitucionalidad de las leyes, resolver conflictos electorales y garantizar la protección de los derechos humanos. No tiene facultades para decidir por sí mismo acerca del examen de la constitucionalidad de una disposición legal. Para que pueda ejercer su función de juez constitucional, debe ser instado.

El procedimiento ante el Consejo es más costumbrista que legalista. Son pocas las reglas que rigen el procedimiento, y son relativas a los términos, al nombramiento del ponente y a la motivación de las decisiones.

En 2008, se reformó la Constitución y se creó la cuestión prejudicial de constitucionalidad, mediante la cual los ciudadanos pueden impugnar la constitucionalidad de una ley por violación a algún derecho humano. En este caso, el Consejo de Estado o la Corte de Casación instan al Consejo Constitucional para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de la norma cuestionada.

Desde 2010, en aplicación de la reforma referida, el promovente y su abogado pueden asistir a una sesión de alegatos ante el Consejo Constitucional. No obstante, las deliberaciones del Pleno son privadas.

El Consejo Constitucional es competente para examinar la constitucionalidad de las leyes ordinarias y de los tratados internacionales, a instancia de parte, y de las leyes orgánicas y de los reglamentos de las cámaras, de oficio.

En el recurso se deben señalar las disposiciones de la ley que se impugnan. El Consejo puede examinar la totalidad de la ley y revisar su conformidad con la Constitución.

Las leyes aprobadas por referéndum no pueden ser sometidas al Consejo Constitucional. De igual manera, las leyes de reforma constitucional no pasan por el control del Consejo.

El plazo para impugnar la constitucionalidad de una norma es de quince días, ya que se debe presentar antes de que se promulgue la ley. Así, el Consejo tiene un mes para resolver el recurso, a menos que el gobierno declare la urgencia del proyecto de ley, en cuyo caso lo deberá hacer en un término de ocho días.

En cuanto al control de constitucionalidad de los tratados internacionales, el Consejo resolvió que éstos le pueden ser remitidos cuando sean firmados en nombre de la República francesa, e incluso durante el procedimiento legislativo de ratificación.

El Consejo Constitucional tiene diversas maneras de resolver un recurso de constitucionalidad, considerando declarar la ley conforme a la Constitución, anularla total o parcialmente o declararla conforme, a reserva de la interpretación que el Consejo le dé a las disposiciones impugnadas.

La nulidad de la ley puede ser total, ya sea que la ley comprenda uno o varios artículos, o parcial. Si el procedimiento de aprobación de la ley no fue conforme con las disposiciones constitucionales se puede también anular.

La declaración de conformidad con la ley, a reserva de su interpretación, permite al Consejo modular su facultad de control en función del contexto político o de desacuerdos en su seno.

Las disposiciones legales que rigen el procedimiento jurisdiccional constitucional sólo mencionan la existencia de un ponente y de una decisión motivada, pues precisan que el Consejo deberá completar las reglas procesales con un reglamento interior. El presidente del Consejo nombra al ponente, cuyo nombre, en principio, debe ser secreto. Esta designación se hace, en general, en función de la especialización de cada uno de los miembros del Consejo y no en la de un turno preestablecido.

El procedimiento es inquisitorial, lo que permite que el ponente tome las iniciativas necesarias. El artículo 62 de la Constitución dispone: “Las decisiones del Consejo Constitucional no pueden ser apeladas. Se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales”.

Las decisiones del Consejo se imponen al Parlamento, al gobierno, que no puede tomar por la vía reglamentaria disposiciones legislativas que el Consejo anuló, y al presidente de la República, en virtud de que no puede publicar la ley o las disposiciones que le fueron invalidadas. Por parte de autoridad alguna no ha habido violaciones a estas decisiones.

El Consejo toma sus decisiones de manera colegiada. La ley dispone que la decisión debe ser aprobada por la mayoría, pero en la práctica el Consejo suele tomar sus decisiones por consenso o por unanimidad. También, tiene facultades para controlar el presupuesto de egresos y la ley de ingresos, éstos deben ser conformes con la Constitución y con la ordenanza orgánica del 2 de enero de 1959,

misma que contiene la ley orgánica relativa a la ley de finanzas¹⁷ la cual está comprendida en el bloque de constitucionalidad.

El Consejo, asimismo, verifica que la ley de finanzas haya sido aprobada de conformidad con el procedimiento que la ley establece. Inicialmente, tenía como función vigilar la conformidad de las leyes con la Constitución. Para llevar a cabo esto, fue declarando normas de valor constitucional protectoras de los derechos humanos. Así, integró lo que se denomina bloque de constitucionalidad (la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946).

Los diversos elementos del bloque de constitucionalidad son, a veces, contradictorios, por lo que el Consejo Constitucional ha procurado establecer una jerarquía entre éstos, pero no ha querido que ésta sea rígida, en virtud de que considera que dispone y debe hacerlo de un poder para conciliar normas constitucionales que se oponen entre sí.

Los tratados y acuerdos internacionales que tienen una autoridad superior a las leyes, incluida la Constitución, son consideradas normas ajenas al bloque de constitucionalidad. El problema que se plantea es el control jurisdiccional de las normas internacionales.

Si el Consejo Constitucional declara un tratado contrario a la Constitución, la modificación de ésta no es obligatoria, se puede renegociar el tratado, o bien ratificarlo con reservas.

En 1994, el Consejo, al examinar la ley de la bioética, proclamó el principio de la garantía de la dignidad de la persona humana contra cualquier forma de sometimiento o degradación.¹⁸

Consejo Constitucional en el ámbito electoral

No es la única autoridad competente en materia electoral. De hecho, su intervención como juez se da mayormente en apelación.

Los tribunales administrativos son competentes en materia electoral y sus decisiones pueden ser impugnadas ante el Consejo Constitucional. Los tribunales de instancia son competentes para resolver

¹⁷ La ley de finanzas comprende tanto los egresos como los ingresos del Estado.

¹⁸ Véase Pierre Avril y Jean Gicquel, *op. cit.*

los recursos relativos a las listas electorales, y en este rubro el Consejo interviene sólo si se impugna toda la elección y si la elaboración de las listas electorales puede afectar la autenticidad del escrutinio.

En materia electoral, el Consejo Constitucional resuelve los recursos concernientes a la legalidad de las elecciones de diputados y senadores, así como de la elegibilidad y las incompatibilidades de los parlamentarios.

Las impugnaciones de las elecciones sólo pueden ser presentadas por un ciudadano elector de la circunscripción electoral con interés jurídico o por un candidato o su suplente.

El recurso se debe presentar en los 10 días siguientes a la declaración oficial de los resultados. Fuera de este periodo se desecha el recurso, así como toda ofensa que se plantee posteriormente, a menos que se trate de agravios de orden público, concernientes a la inelegibilidad del candidato electo.

Al resolver el asunto, el Consejo puede desear el recurso a pesar de la existencia de irregularidades; corregir los resultados, en caso de que haya un error en el cómputo de los votos; anular la elección e incluso modificar la declaración hecha por la comisión del escrutinio y declarar electo a otro candidato que haya sido legalmente elegido (esto último nunca se ha dado en la práctica). Si se anula la elección, se debe proceder a una votación parcial en los siguientes tres meses a la decisión del Consejo, a menos que la anulación se dé en el año que precede al del fin de la legislatura, en cuyo caso la curul se queda vacante. Las decisiones del Consejo son definitivas, sólo se puede proceder a correcciones de errores materiales.

El Consejo resuelve las inelegibilidades en primera instancia y las apelaciones de las decisiones de los tribunales administrativos, contemplando la anulación de una elección cuando una irregularidad o fraude afecten el resultado y en caso de que se cometa una violación a la ley en materia de campañas políticas. Por disposición del artículo 58 constitucional, el Consejo es la institución encargada de vigilar la regularidad de la elección del presidente de la República, pues resuelve los recursos interpuestos contra la elección y proclama los resultados.

Para esta elección, el Consejo dispone de un poder más extenso para controlar las operaciones preelectorales, pero menos amplio respecto de los recursos de impugnación al determinar y proclamar los

resultados de la elección en el Diario Oficial, junto con la declaración patrimonial del candidato electo. Además, el gobierno puede consultar al Consejo acerca del proceso de referéndum.

Consejo Constitucional como órgano de consulta

La Constitución dispone que cuando las instituciones de la República, la independencia de la nación o la integridad del territorio se vean amenazadas de manera grave e inmediata, el presidente de la República puede tomar las medidas necesarias (previa consulta del primer ministro, de los presidentes de las dos Cámaras y del Consejo Constitucional).

Al término de treinta días del ejercicio de estos poderes excepcionales, los presidentes de las Cámaras, 60 senadores o 60 diputados pueden recurrir ante el Consejo a fin de que verifique si la crisis permanece: esto debe resolverlo de inmediato y de manera pública.

Además, en materia de consulta, el gobierno puede pedir su opinión al Consejo acerca de las normas relativas a la organización de la elección del presidente de la República y del referéndum.

Conclusiones

La certeza es el fundamento de un Estado de Derecho consolidado en el respeto a la legalidad y a la constitucionalidad: el equilibrio y la continuidad son símbolos de la justicia que sólo las instituciones sólidas pueden hacer prevalecer.

La necesidad de controlar la legalidad de las decisiones de justicia surgió siglos atrás. La profesionalización en la impartición de justicia y la creciente demanda de ésta han hecho necesaria la existencia de instituciones integradas por hombres capaces y experimentados, cuya función consiste en vigilar que las decisiones judiciales sean dictadas con apego a derecho. El profesionalismo y la sabiduría de estos magistrados es lo que le da al orden público más seguridad y una garantía mayor.

El control de legalidad es la condición primordial de la obediencia a la ley y de la eficiencia de la política de Estado, pues permite, también, garantizar la unidad en la interpretación de la ley al darle al ciudadano una mayor igualdad ante el derecho.

El control constitucional es otro de los pilares de las democracias parlamentarias en virtud de que la Constitución es la ley fundamental de un Estado, la cual rige el funcionamiento de las instituciones y protege los derechos humanos. En un Estado parlamentario, el control de la constitucionalidad garantiza al ciudadano el respeto de la norma fundamental por parte de sus representantes. En una democracia, este control permite, además, la existencia de un equilibrio entre mayoría y minoría políticas, ya que por medio de éste las minorías pueden controlar las decisiones de la mayoría.

Tratar el tema de control de legalidad y de constitucionalidad es hablar de interpretación de la ley y, por ende, de la jurisprudencia, pues en ésta reside uno de los aspectos más importantes de estos controles, por su trascendencia en los órdenes jurídico y político.

La jurisprudencia esboza, con el tiempo, una nueva ética, así como un nuevo humanismo. De ésta surgen nuevos principios que provocan la reacción de los otros poderes del Estado, lo que garantiza la evolución jurídico-legal de una sociedad. Se podría decir que la jurisprudencia es una de las dinámicas de la modernización de un Estado, entendiendo que ésta se refleja en sus leyes.

Por medio de los controles de legalidad y de constitucionalidad se fortalece el profesionalismo tanto de los impartidores de justicia como de los legisladores y, por ende, la autoridad y legitimidad de los poderes judiciales y legislativos.

Por tanto, para lograr un Estado de Derecho constitucional fortalecido son indispensables dos condiciones:

La primera reside en la estabilidad constitucional, es decir, una ley fundamental cuyas reformas responden sólo a una necesidad de modernización y no a criterios personales. En efecto, la inestabilidad constitucional le resta autoridad a las normas constitucionales. Así, una Constitución estable y un régimen democrático son los preámbulos básicos para un control de la constitucionalidad.

La segunda condición, que de alguna manera es consecuencia de la primera, radica en la estabilidad de las instituciones y en el profesionalismo de sus miembros, pues de ello, y no de la ley, depende la autoridad que tendrá la institución.

Finalmente, la constitucionalidad hace que el proceso de toma de decisiones sea más democrático y transparente, ya que la exigencia de la constitucionalidad aumenta la exigencia del debate público y democrático.

Le Processus Législatif: Un Processus Chaotique (ou les causalités enchevêtrées du désordre normatif)*

Jean-Eric Schoettl**

Dégradation de la qualité de la loi, instabilité des normes, encombrement du Parlement: le mal est connu, les causes assez bien recensées... à défaut d'être combattues.

Mais les causes repérées sont des causes isolées. Pertinentes certes, mais pointées en ordre dispersé par la communauté des spécialistes du droit et des sciences politiques. Les chaînes causales que décrit la doctrine sont le plus souvent linéaires. Autant dessiner une toile d'araignée en traçant séparément chacun de ses fils.

Ce qui manque aux analyses, c'est d'appréhender l'interaction de facteurs multiples et de natures différentes, dont le schéma ci-dessous (annexe I) tente, sinon de rendre scientifiquement compte, du moins de suggérer l'intrication.

Cet écheveau de causes donne au processus législatif (compris au sens large: de l'élaboration à l'application) une texture que les mathématiciens qualifieraient de chaotique (annexe II). Je rappelle que, par facteur chaotique d'un processus, on entend un facteur dont une petite variation produit des effets considérables.

A) Beaucoup de causes du désordre normatif produisent des effets qui, à leur tour, rétroagissent sur ces causes en les accentuant.

* Cette note a été, pour l'essentiel, rédigée avant le début de la présente législature. Tout semblant d'allusion à la politique conduite depuis deux ans serait donc fortuite.

** Conseiller d'Etat.

Par exemple:

- La crainte gouvernementale de l'obstruction fait déclarer l'urgence qui suscite, par réaction, l'obstruction. L'une comme l'autre sont sources de malfaçons;
- Le besoin d'adapter au plus vite certaines législations aux problématiques nouvelles pousse à voter des réformes précipitées qui, à leur tour, entraînent de nouvelles inadaptations de la norme à la réalité;
- Plus banalement, la nécessité de réparer les malfaçons ou imperfections entachant telle ou telle disposition conduit à adopter, dès que l'occasion se présente, des amendements correctifs. Mais, trop vite conçus, hâtivement rédigés, charriés par des textes fleuves, ces amendements ajoutent de nouvelles scories aux législations qu'ils entendent rectifier;
- L'encombrement de l'ordre du jour parlementaire conduit à recourir aux ordonnances dont la ratification viendra tôt ou tard charger cet ordre du jour, contribuant ainsi à produire une « législation subie » comprenant en outre la réception du droit européen et international, le droit de l'outre-mer, le comblement des brèches ouvertes dans la législation par les décisions des diverses cours suprêmes (Conseil constitutionnel dans le cadre des questions préjudicielles de constitutionnalité, Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice de l'Union européenne, Cour de cassation et Conseil d'Etat), ainsi que les efforts de simplification et de codification que le Parlement n'est plus en état de prendre directement en charge;
- Les frictions entre le pouvoir législatif et ces diverses cours suprêmes provoquent des va-et-vient, parfois en forme de représailles, entre les deux pouvoirs, chacun cherchant à corriger la position de l'autre (le législateur ne se bornant pas, comme il vient d'être dit, à « réparer les pots cassés » des arrêts, mais édictant aussi des normes tendant à contrer la jurisprudence, au besoin par des dispositions interprétatives ou rétroactives; le juge censurant ou réinterprétant la nouvelle norme, en mobilisant, s'il le faut, toutes les ressources des conventions internationales);
- Les critiques adressées à la loi - surtout lorsqu'elles prennent un tour constitutionnel ou conventionnel - sur sa complétude, sur sa

conformité aux grands principes, en particulier au principe d'égalité, contribuent à l'inflation et à la complexification de la norme. A leur tour, l'inflation et la complexification du *corpus* législatif rendent celui-ci plus fragile, moins accessible et plus instable.

B) A côté de ces cercles vicieux « endogènes », existent des causes exogènes du désordre normatif.

Certaines sont de caractère juridique:

- L'activisme des instances communautaires et la méthode suivie en France pour transposer en détail les directives communautaires;
- Les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat sur le partage loi/règlement aboutissant, avec les meilleures intentions du monde, à gonfler le domaine de la loi par rapport à celui du règlement. A quoi il faut ajouter le caractère en partie opératoire du grief tiré de l'incompétence négative dans la question prioritaire de constitutionnalité¹, et les jurisprudences de la Cour EDH et de la chambre criminelle de la Cour de cassation, en matière d'enquêtes pénales, au visa de l'article 8 de la Convention (voir encore récemment l'affaire de la *géolocalisation*);
- Le fait que la loi contemporaine soit le plus souvent une loi modificative et présente la technicité chirurgicale, l'hermétisme et les risques d'erreur inhérents aux énoncés modificatifs;
- La complexité propre au droit de l'outre-mer, compte tenu notamment du principe de spécialité législative et de ses corollaires (jurisprudence *Lifou*).

D'autres raisons, extra juridiques, tiennent:

- à la tyrannie de l'actualité qui semble commander une réponse législative immédiate pour apaiser l'opinion ou faire tomber la tension médiatique...,
- aux concessions aux *lobbies* de toutes natures produisant des amendements *pro domo*, ainsi que des exceptions à la règle, exceptions aux exceptions etc.

¹ Voir encore récemment, pour le portage salarial, la censure prononcée par la décision n° 2014-388 DC du 11 avril 2014.

- à une culture politique nationale prompte à conférer à la loi une fonction propitiatoire ou cathartique et à utiliser le «verbe législatif» pour exprimer une vision, définir un idéal, consommer une rupture, s'inscrire dans une fresque historique ... plutôt que se borner à poser patiemment et raisonnablement les règles concrètes du vivre ensemble,
- aux énoncés qui, par maladresse ou par commodité tactique, présentent une portée incertaine ou une charge normative indéterminée (ce qui constitue une source majeure d'insécurité juridique, ainsi qu'une atteinte à la séparation des pouvoirs puisque, *in fine*, c'est le juge qui décidera du contenu de la loi),
- aux priorités politiques incontournables («*on ne peut pas ne pas...*») et à la tyrannie du politiquement correct.

Une cause de législations obscures tient paradoxalement à la simplicité des engagements politiques dont elles sont issues. Par leur radicalité même («*il n'y a qu'à*»), ces mesures, porteuses le temps d'une campagne, convaincantes le temps d'un discours, seront problématiques à mettre en œuvre quand il faudra les traduire dans un texte de loi. Elles appelleront en effet des amodiations, exonérations et compensations se traduisant par des dispositions dont la complexité défiera l'entendement et découragera toute anticipation raisonnable.

Pèse aussi sur le processus législatif la confrontation partisane, tantôt simple jeu de rôles, mais parfois aussi, dans certaines matières, affrontement passionnel, qui déconcerterait un nouveau Persan s'agissant d'un pays qui devrait être une démocratie assagie.² Cette confrontation conduit notamment à la révision radicale de pans entiers du corpus législatif en début d'alternance (1981: nationalisations; 1986: privatisations), avec le danger de « *jeter le bébé avec l'eau du bain* ».

Offre et demande politiques de loi (là même où une étude d'impact dépassionnée, lucide et sincère conclurait à l'inutilité d'une démarche législative) rythment inexorablement l'agenda officiel.

² La « scène primitive » de la République n'est-elle pas une empoignade physique (l'assaut d'une forteresse), bien plus qu'un événement fondateur, rassembleur et pacificateur (la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) ?

D’où ces lois de circonstance ou d’affichage, ces textes bavards ou incantatoires d’autant plus difficiles à appliquer par l’administration et par le juge qu’ils instituent des obligations de résultat floues ou inaccessibles.

La poursuite simultanée de buts inconciliables, la tentation de courir plusieurs lièvres à la fois, celle de contenter tout le monde et son père, qui plus est dans un contexte de restrictions budgétaires, se traduisent par des lois “usine à gaz” ou par une défausse vers des décrets d’application ou vers des ordonnances dont les cahiers des charges, toujours plus sophistiqués (voire alambiqués), se révéleront, le moment venu, de véritables casse têtes (si bien qu’il faudra revoir les ambitions à la baisse et faire un usage décevant d’une habilitation qui se voulait autrement prometteuse).

C) La séquence de politique fiction (à peine imaginaire) exposée en annexe III illustre un « scénario catastrophe » (là encore au sens mathématique de la théorie des catastrophes), comme l’activité législative en connaît tant.

Acteurs et observateurs de la scène politique, praticiens du droit, nous savons tous quoi faire – au fond de nous mêmes - pour déjouer de tels pièges:

- ne pas légiférer dans la précipitation, ne pas céder à l’émotion;
- éviter d’utiliser la loi lorsque d’autres méthodes sont possibles (action des autorités décentralisées ou déconcentrées, police administrative, contrat, droit souple, règlement...);
- quitte à légiférer: proportionner le contenu des mesures à l’objectif recherché (dans le cas imaginé en annexe III, on aurait pu concentrer l’effort sur le parc social); consulter; compter sur des navettes successives pour améliorer le texte; avoir le souci permanent des conséquences, de la faisabilité et des effets collatéraux ou différés.

Rien de plus contraire à cette conception que l’amendement de circonstance, griffonné sur un coin de table.

D) Compte tenu de la diversité de ses facteurs, le désordre législatif ne relève pas d’un traitement simple et uniforme.

a) Lorsque les mentalités sont en cause, aucune médication juridique ne viendra à bout de nos maux.

Tout au plus peut-on espérer faire baisser la fièvre par des procédures de « *cooling down* » (s'astreindre aux concertations et aux auditions nécessaires, prendre le temps de l'explication, conduire une navette complète, refuser les amendements tardifs...).

Mais la source profonde des dérives est ailleurs et les modalités procédurales ne sauraient en fournir la clé essentielle.

Ce à quoi il faut travailler, c'est au rapprochement des idées (dans l'expression franche de ses convictions et dans le respect de celles de l'autre), à la restauration du légalisme, de la raison et de l'intérêt général (également consubstantiels à la tradition républicaine), à l'émergence d'une éthique de la responsabilité, à une pratique socio-politique moins conflictuelle et plus pragmatique, à une meilleure information du citoyen, à ce que la rhétorique des droits fasse toute sa place au rappel des devoirs et au réalisme.

Wishful thinking? En bonne partie, bien sûr, s'agissant de transformer les mentalités.

Objectif par définition de longue haleine, plus facile à énoncer qu'à atteindre, et non exclusif d'analgésiques de court terme, administrés par voie institutionnelle.

Objectif auquel les pouvoirs publics ne peuvent être les seuls à s'atteler, car ils ne sont pas, loin s'en faut, les uniques responsables de toute cette composante du désordre normatif qui tient au malaise rongeur la démocratie contemporaine.

Comment s'étonner en effet du désordre normatif dans une société, en partie divisée contre elle-même:

- Où la vie publique ressemble, dans les paroles et parfois dans les actes, à une guerre de tranchées entre corporations, institutions et « tribus » diverses?
- Où chaque organisme représentatif, voire chaque instance officielle, se complaît dans une posture de contre-pouvoir et défend son pré carré contre les petits royaumes voisins et concurrents?
- Où, si souvent, chacun se perçoit comme lésé et revendique un statut de victime ayant à faire valoir une créance sur tous?
- Où tant d'échanges politiques, économiques et sociaux sont potentiellement perçus comme des rapports dominant/dominé, des jeux à « somme nulle », chaque acteur se trouvant enfermé dans le rôle que lui assigne une distribution manichéenne?

- Et, *last but not least*, dont les références et les perspectives d'avenir sont secouées par le grand vent de la mondialisation?

Lorsque, à ces peurs et à cette conflictualité, s'ajoute une tradition juridique portant l'empreinte de mythes millénaristes, comment s'étonner de voir utiliser la loi comme une arme fabuleuse, la lance de Saint-Georges terrassant le dragon? Comment s'émouvoir de coups de balancier législatifs, avec des périodes d'exaltation volontariste et des phases de résignation pragmatique?

Une cause, très active et très contemporaine, du désordre normatif tient au chantage croissant exercé sur les pouvoirs publics par une société civile « *toujours au bord de la crise de nerfs* », se comportant à l'égard de la collectivité publique comme l'enfant capricieux qui exploite, avec autant de vigueur que de science, le sentiment de culpabilité parental.

Tout revêtu qu'il soit de l'onction du suffrage universel, le pouvoir légitime est devenu le souffre-douleur de tous les agacements, le bouc émissaire de toutes les hantises et le suspect de toutes les vilénies, à la fois responsable et coupable de tous les malheurs du temps.

Tel Gulliver ligoté par les Lilliputiens, les pouvoirs publics légitimes se débattent pour faire la moins piteuse figure possible à l'intérieur de la mince marge de manœuvre que leur laissent les innombrables liens qui les enserrant...

Les emballements compassionnels du processus législatif expliquent:

- Les textes de circonstance³ dont l'intérêt sera vite dépassé, mais dont les effets viendront longtemps interférer, de façon confuse, avec ceux du reste de la législation,
- Les lois prescrivant, au nom de principes si nobles qu'ils inhibent tout scepticisme, des obligations qui se révéleront infaisables: accessibilité totale aux handicapés des établissements recevant le public, transports et voirie (dont l'échéance, faute de miracle, devra être reportée); droit au logement opposable (qui ne fera pas construire un logement supplémentaire); parité stricte entre

³ Selon le mot de notre regretté Guy Carcassonne: « *tout sujet du Journal télévisé de 20h est potentiellement un texte de loi* ».

femmes et hommes dans toutes les fonctions de responsabilité et organismes publics et privés (sans égard pour la faisabilité de cette exigence, lorsque par exemple plusieurs instances participent à la composition d'un collège, que celui-ci comprend des membres de droit et que les viviers ne sont pas paritaires); instauration de la règle selon laquelle le silence de l'administration sur une demande vaut acceptation (inversion qui, pour ne pas provoquer de catastrophe, devra être assortie de multiples exceptions, inévitablement assorties d'exceptions aux exceptions) etc...

- Les atermoiements, demi-mesures et approximations juridiques en tous genres destinés à calmer un jeu qu'elles ne font qu'alimenter, à force de « réceptivité » du législateur.

Dans ces propos politiquement incorrects, à rebours de la critique habituelle de dirigeants « *coupés des gens* », « *retranchés sous les ors des palais nationaux* », on ne manquera pas de déceler la morgue du technocrate porté à confondre populisme et légitime prise en compte de la « demande sociale ».

Mais, d'abord, les deux critiques ne sont pas contradictoires: on peut être loin des gens (culturellement, sociologiquement...), ne pas vouloir, savoir ou pouvoir prendre à bras le corps leurs exaspérations, tout en pensant (à tort) rester en contact avec eux en faisant montre d'une constante et brouillonne empathie. On serait moins coupés d'eux si on comprenait que l'attente fondamentale est en réalité celle d'un *leadership* ferme, franc et cohérent.

Ensuite, et pour revenir à notre sujet, une trop grande sensibilité à l'opinion produit des effets équivalents à ceux d'un référendum permanent, procédé qui « *fait tourner en rond* » la règle de droit.

Ce phénomène du processus décisionnel qui « *tourne en rond* » nous est connu par l'expérience des sondages d'opinion, de la gouvernance d'instances querelleuses, de la gestion des copropriétés, de la démocratie directe et des référendums d'initiative populaire, comme par l'étude des procédures de formation des choix collectifs (depuis Condorcet et son fameux paradoxe jusqu'à la théorie moderne des jeux et le théorème d'Arrow).

b) Le traitement du désordre normatif relève pourtant aussi, en partie, de la « *tuyauterie institutionnelle* ». Celle-ci, si elle ne guérit pas les causes, peut atténuer les symptômes.

A cet égard, il y a les bons et les mauvais remèdes.

Les mauvais remèdes consistent à verrouiller les soupapes de sécurité au nom des grands principes.

Ainsi, en France, renoncer à la législation déléguée (article 38 de la Constitution) pour transposer le droit communautaire, adapter le droit outre-mer, codifier ou simplifier ferait, toutes choses égales d'ailleurs, sauter le couvercle de la marmite.

Renoncer à la session unique, aux sessions extraordinaires ou aux séances nocturnes casserait le baromètre tout en faisant monter la pression dans la chaudière.

Il faut s'y faire: même en éliminant la législation superflue, nos sociétés modernes ont besoin de beaucoup légiférer. Méfions-nous des docteurs qui ne traitent que le symptôme et laissent progresser le mal.

Un bon (quoique insuffisant) remède est l'existence d'un organe consultatif indépendant et professionnel, capable d'apporter à la production du flux, comme à la consolidation du stock, la valeur ajoutée de la correction formelle, de la lisibilité, de l'accessibilité, de la cohérence (élimination des ambiguïtés et redondances), de la complétude, de la proportionnalité, de la bonne insertion dans l'ordonnement juridique (respect des engagements internationaux, respect de la hiérarchie des normes, codification...) et de l'entrée en vigueur harmonieuse dans l'espace et dans le temps.

En France, l'intervention du Conseil d'Etat à titre consultatif est prévue pour les projets de loi par l'article 39 de la Constitution. Sa saisine n'est obligatoire pour les décrets que lorsque la loi l'a ainsi prévu.

Il faut croire que le passage devant lui ne rebute pas les pouvoirs publics, puisque les lois sont remplies de renvois au décret en Conseil d'Etat et que, depuis quatre ans, une dizaine de propositions de loi importantes lui ont été volontairement soumises par l'une ou l'autre assemblée.

Le Conseil constitutionnel accorde assez d'importance à l'intervention du Conseil d'Etat en matière de projets de loi pour censurer (en 2003) un projet de loi dont le contenu avait été modifié au lendemain de la délibération du Conseil d'Etat sur un point significatif non évoqué devant celui-ci.

Est également de nature à tempérer le désordre normatif, à la source gouvernementale de celui-ci, l'existence d'un organe apolitique

permanent, directement placé auprès du chef du Gouvernement, et exerçant, avec la souplesse, la disponibilité et l'autorité intellectuelle nécessaires, des fonctions de coordination interministérielle, d'expertise technique, d'assistance juridique et de filtrage. Tel est en France le rôle du Secrétariat général du Gouvernement, petite équipe dont on ne dira jamais assez le dévouement et la compétence. Le SGG a su éviter bien des dérapages au processus normatif, même si, parfois, il est comme le château de sable de la raison face au flot inexorable des emballements politiques.

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 est venue apporter toute une série de garanties nouvelles en faveur de la qualité du travail législatif:⁴

- nécessité d'une étude d'impact accompagnant tout projet de loi et dont l'absence ou l'insuffisance peut justifier un refus d'inscription à l'ordre du jour par la Conférence des présidents de la première assemblée saisie;
- possibilité, pour le président de chaque assemblée, de faire examiner une proposition de loi d'initiative parlementaire par le Conseil d'Etat;
- possibilité, pour les Conférences des présidents agissant conjointement, de refuser l'examen d'un texte en urgence;
- délai minimal pour examiner un texte en première lecture;
- faculté, pour le règlement de chaque assemblée de contrer les amendements inspirés par une volonté d'obstruction.

L'avantage de ces innovations est de faire porter les efforts sur la « clarté et la sincérité du débat parlementaire » (qualifiées d'exigences constitutionnelles par le Conseil constitutionnel), alors que le Parlement, s'il n'est pas la source exclusive des dysfonctionnements législatifs, porte sa part de responsabilité dans ceux-ci.

E) La notion d'étude d'impact a trouvé en France une traduction constitutionnelle et législative, mais son contrôle par la Conférence des présidents et par le Conseil constitutionnel laissera à désirer tant

⁴ On regrettera cependant que la modification de l'article 42 (discussion sur le texte adopté par la commission) ne permette plus au débat en séance publique de se dérouler sur la base du projet de loi lorsque celui-ci est fidèle à l'avis du Conseil d'Etat...

qu'il ne sera pas effectif... c'est-à-dire tant qu'il ne se sera pas traduit par un refus d'inscription ou par une censure.

Des enseignements peuvent déjà être tirés de l'expérience: l'étude d'impact est une bonne aide à la décision lorsque le choix n'est pas hypothéqué par des promesses de campagne ou des *priori* idéologiques. Autrement, elle n'est qu'habillage. L'étude d'impact doit être un outil de décision *ex ante* et non une justification *ex post*. L'étude d'impact complète, exacte et éclairante est une utopie. Mais il n'est pas interdit de se rapprocher de cet idéal.

Notons que, lorsque sincérité et lucidité sont possibles, la recherche objective et dépassionnée des incidences directes et indirectes de nouvelles règles devrait s'appliquer aussi, *a fortiori* même, aux normes supra législatives.

Ainsi la ratification d'une convention internationale en matière de droits fondamentaux, celle d'un traité européen ou l'insertion de nouveaux principes dans la Constitution injectent tôt ou tard dans l'ordonnancement juridique un surcroît de complexité et créent de nouvelles zones d'inflammation contentieuse (il suffit de penser à la Charte de l'Environnement).

Imperceptible sur le moment, le « coût social net » de telles innovations, toujours présentées comme des progrès, jamais objectivement justifiées, peut être très lourd.

Rien ne sera possible tant que, aux plus hauts niveaux de l'Etat, on ne se sera pas converti à l'éthique de la responsabilité⁵ et qu'on en restera aux protestations d'intention.

A cet égard, on ne peut qu'être frappé, en examinant les études d'impact, par leur discrétion sur les conséquences effectives de ceux des choix (généralement les plus déterminants) qui entendent marquer une identité politique ou traduire un engagement.

Ces choix sont placés hors discussion, hors prévision, hors simulation, donc intangibles. «*C'est politique*» expose-t-on. Cela relève d'un monde autre que celui de la recherche empirique et raisonnable du bien commun: un monde symbolique que la raison ne peut comprendre.

Pauvres Lumières!

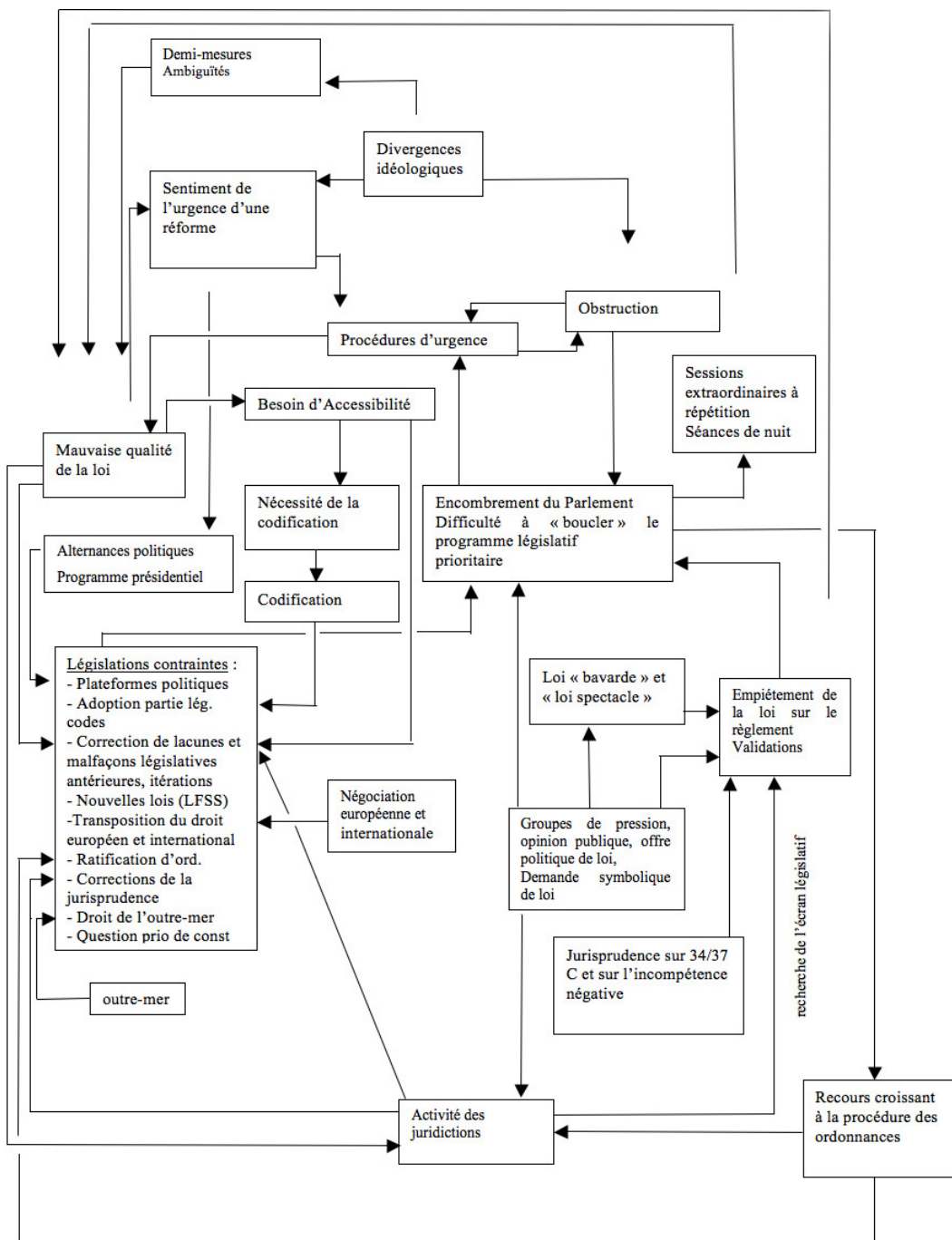
⁵ « Importent les effets de tes actes plutôt que leurs motifs. Ce sont les effets de tes actes, plutôt que leurs motifs, qu'il faut confronter à tes valeurs ».

Annexe I

Le désordre normatif: un écheveau de causes entrelacées

Le graphique ci-dessus se lit comme suit:

- Chaque case représente un fait (encombrement du Parlement, existence de lois bavardes...), un état d'esprit (besoin d'accessibilité, sentiment de l'urgence d'une réforme, demande de loi...) ou un groupe de faits ou d'états d'esprit.
- Les flèches figurent les influences. Chacune flèche part d'une case « cause » et aboutit à une case « conséquence ».
- Une même case peut être l'origine de plusieurs flèches (elle est alors la source de plusieurs phénomènes) ou l'aboutissement de plusieurs flèches (elle est alors conditionnée par plusieurs facteurs).
- Le plus souvent, une flèche exprime une cause parmi d'autres. Lorsqu'une case regroupe plusieurs éléments (par exemple le bloc « législation contrainte » à gauche du graphique), on s'est efforcé de faire aboutir les flèches pertinentes à l'intérieur même du bloc (par exemple la flèche partant de la case « activités des juridictions » pointe sur la ligne « corrections de la jurisprudence »).
- Une case à laquelle n'aboutit aucune flèche peut être regardée comme une cause autonome (elle influence les autres cases sans être influencée par elles).



Encombrement du Parlement et qualité de la législation:
 de quelques cercles vicieux...

Annexe II

L'écriture de la loi: un processus riche en facteurs chaotiques

Le terme « chaotique » est ici pris au sens mathématique: se dit d'un phénomène hautement imprévisible dans la mesure où la plus petite variation d'un des facteurs influant sur son déroulement peut avoir sur celui-ci des effets considérables.

Les facteurs chaotiques du processus législatif sont présents à tous les stades de celui-ci

1) Facteurs chaotiques au stade de l'élaboration des textes

Facteurs chaotiques liés au fait générateur:

- Cas de « législation forcée » d'origine exogène: décisions de justice (CJUE, CEDH, QPC, arrêts des cours suprêmes), législation européenne (transposition de directives), accords internationaux appelant l'intervention du législateur national,
- Concessions aux groupes de pression, mouvements sociaux etc.,
- Engagements de campagne qu'il faut honorer coûte que coûte,
- Dysfonctionnements interministériels, initiatives imprévues des parlementaires...
- Projets de loi sans étude d'impact digne de ce nom, insuffisamment expertisés, n'ayant pas donné lieu aux consultations nécessaires ou trop rapidement soumis au CE.

Facteurs chaotiques liés au fond:

- Mesure inefficace au regard de l'objectif visé, par suite d'une erreur de diagnostic ou d'une ignorance volontaire ou involontaire des ressorts des problèmes que l'on entend traiter,
- Mesure ayant l'effet direct escompté, mais produisant aussi des effets collatéraux, pervers ou à moyen long terme, annulant le bénéfice de leurs effets directs et immédiats,

- Mesure seulement efficace dans une situation qui sera dépassée lorsque la loi entrera en vigueur ou du fait même de cette entrée en vigueur (par exemple: rétraction de l'assiette d'une imposition dont on augmente le taux),
- Mesure apparemment ou/et politiquement bien ciblée, mais s'avérant en réalité contreproductive au regard de l'objectif visé,
- Mesures poursuivant des objectifs logiquement, économiquement, juridiquement ou budgétairement irréalistes ou inaccessibles.

Facteurs chaotiques

liés à la forme:

- Sur-réaction à l'évènement ou rédaction hâtive (amendement) se traduisant par des malfaçons,
- Enoncés incertains quant à leur portée et à leur intensité normative. Celles-ci seront aléatoirement fixées après coup par d'autres que le législateur: administrations, groupes de pression et, in fine, juridictions. Le pouvoir législatif se sera donc dépouillé au profit d'autres pouvoirs, non élus,
- Mauvaise insertion dans l'ordonnancement juridique (notamment par défaut de coordination avec les dispositions existantes, erreurs de renvoi, non consolidation des codes...), privant la mesure de tout ou partie de sa portée ou lui donnant une portée non désirée

2) Facteurs chaotiques liés au vote de la loi

- Incidents, viscosités ou frottements de la procédure parlementaire
- Amendements insuffisamment réfléchis, favorisés par l'urgence et le volume du texte,
- Nombre insuffisant de navettes,
- Concessions et tractations aboutissant à l'adoption en bloc de dispositions qui auraient mérité une discussion détaillée.

3) Facteurs chaotiques liés à l'intervention des instances juridictionnelles

- Contrôle de constitutionnalité *a priori* (DC) et *a posteriori* (QPC), avec ses censures et ses réserves d'interprétation,
- Contrôle de conventionalité par les cours suprêmes nationales et les cours supranationales au regard du droit de l'Union européenne, de la CEDH et des traités: dispositions écartées, condamnées ou interprétées sous réserve,
- Interprétations jurisprudentielles neutralisant, exagérant ou faussant l'intention première du législateur.

4) Facteurs chaotiques liés à l'intervention de l'administration

- Délais variables dans lesquels interviennent les décrets d'application, compte tenu des difficultés inégales d'exécution, des ressources ministérielles disponibles, de l'exposition des administrations aux groupes d'influence etc..
- Fidélité variable des décrets d'application à l'intention première du législateur,
- Utilisation variable par le décret d'application de la marge de manœuvre laissée par le législateur,
- Pratiques administratives fluctuantes en matière d'application, de contrôle et de sanctions des règles législatives,
- Moyens inégaux affectés à la mise en œuvre de la volonté du législateur,
- Résistances du corps social.

5) Facteurs chaotiques liés au recours aux ordonnances

- Importance qualitative et quantitative de la législation déléguée s'imposant *de facto* au Parlement au stade de la ratification et dépossédant donc la Représentation nationale de ses prérogatives législatives;

- Mauvais «réglage» ou complexité excessive des dispositifs d’habilitation, empêchant les ordonnances de produire l’effet escompté;
- Retards et incomplétude des ordonnances ;
- Déboires contentieux aux diverses étapes de la procédure.

6) Facteurs chaotiques liés à l’appropriation de la règle législative par la société civile

- Arrangements entre acteurs économiques et sociaux quant à la place, valeur et portée accordées à la règle législative;
- Connaissance, intelligibilité, accessibilité et facilité d’utilisation de la règle législative par le public, les professions juridiques et les intermédiaires socio-professionnels;
- Disponibilité effective variable des voies de recours;
- Existence d’acteurs politiques, sociaux, associatifs, professionnels susceptibles de promouvoir, ou au contraire de freiner ou de paralyser, l’application effective de la règle législative.

Annexe III

Exemple fictif de « scénario catastrophe » législatif

- L'émotion provoquée par un accident mortel survenu dans un ascenseur mal entretenu d'une cité défavorisée incite un député à déposer un amendement à une loi sur l'urbanisme qui se trouve être en discussion au Parlement. Obligation est faite aux propriétaires de mettre les immeubles d'habitation existants en conformité avec les normes les plus récentes.
- Un délai de deux ans est fixé. Au-delà, des sanctions pénales sont prévues qui s'ajouteront aux réparations civiles de droit commun. Pour aller plus vite - et conformément à un réflexe égalitariste inhérent à notre génie national - l'obligation est uniforme. Surtout, on ne cherche pas à savoir ce qui serait déjà possible en l'état de la législation: l'important est que le Parlement lui-même ait montré son souci de répondre à l'émotion publique. L'amendement, adopté à l'unanimité, ne sera plus remis en cause dans la suite du débat parlementaire.
- Le délai s'écoulant, et après le temps d'inertie habituel, on s'aperçoit que la loi ne pourra être respectée. Apparaissent en effet des goulots d'étranglement: pas assez d'entreprises pour réaliser les travaux; pas assez de personnels spécialisés. Trop coûteux. La totalité du parc, tant s'en faut, ne pourra être mise en conformité en temps utile. On tente d'assouplir les contraintes au niveau réglementaire, mais les groupes militants crient au sabotage. Finalement, le législateur lui-même repousse piteusement les délais (avec effet rétroactif, compte tenu de l'expiration du délai, ce qui provoque des contentieux adventices).
- La confrontation d'une demande captive à une offre limitée fait en outre monter les prix. Ce sont les propriétaires des beaux quartiers et non ceux des quartiers défavorisés qui peuvent payer. Les principaux bénéficiaires de la mesure sont les patrimoines immobiliers cotés; les principales victimes les organismes d'habitation à loyers modérés et le logement social...
- Il faut donc apporter des compensations, ce qui oblige à obtenir l'aval de l'Union européenne et à monter un mécanisme d'aides

budgétaires onéreux, après une laborieuse concertation avec les collectivités territoriales et autres acteurs concernés.

- Ces difficultés, retards et reports se retournent d'autant plus sévèrement contre les pouvoirs publics qu'un nouvel accident survient dans un immeuble à loyers modérés de dix étages... Une proposition de loi est déposée qui tend à l'application immédiate de normes renforcées et dénonce, dans son exposé des motifs, le sabotage dont a été l'objet, par indifférence, voire pour des motifs plus inavouables encore, l'initiative législative antérieure. Les médias lui font un écho retentissant et tout recommence.

La Légitimité Parlementaire Aujourd'hui

Francis Delpérée*

C'était il y a un demi-siècle. Je suivais les cours de l'Université de Paris — qui n'était pas encore démembrée —. Claude-Albert Colliard enseignait le droit administratif européen. J'ai découvert, au même moment, le « précis » qu'il avait consacré aux *Libertés publiques*.

Une génération plus tard, j'ai retrouvé son fils au même endroit, aux abords du Panthéon. Il se trouvait à la tête d'un fleuron de l'Université qui s'était démultipliée après mai '68 — j'ai nommé « Paris I » —, puis à la présidence du PRES, c'est-à-dire du Pôle de recherche et d'enseignement supérieur, « Hautes Études – Sorbonne – Arts et Métiers ».

A plus d'une reprise, j'ai croisé Jean-Claude Colliard dans des réunions ou colloques. Nous y débattions à l'envi des mérites ou des insuffisances de la justice constitutionnelle. Le regard tout à la fois proche et distancié que ce sage portait sur le Conseil constitutionnel et sur les institutions analogues était irremplaçable.

Je n'ignorais pas non plus le rôle politique — dans le meilleur sens du terme — que cet éminent juriste avait assumé à l'Élysée lorsqu'il y dirigeait le cabinet du président Mitterrand.

* Membre de la Chambre des représentants (Belgique); professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

C'est au carrefour du droit et de la politique — ces disciplines entremêlées que Jean-Claude Colliard a pratiquées avec une égale distinction — que je me suis permis de rédiger une étude en sa mémoire.

Elle lui rappellera peut-être, là où il est, les conversations animées que nous avons poursuivies à Paris ou dans le sud de la France, notamment à Aix-en-Provence ou à La Ciotat. En toute amitié, cela va sans dire, et dans le respect mutuel de nos idées et de nos convictions.

Il est des questions qui traversent de manière récurrente le débat constitutionnel. Qu'est-ce que le Parlement? Que fait-il, au juste? A quoi sert-il, en définitive? Comment sélectionner ses membres? Comment justifier le statut privilégié qui leur revient? Quelle est la portée effective de leur travail, de leurs initiatives ou de leurs débats? Sans oublier la question du bicamérisme.

Ces interrogations prennent plus de relief encore dans la société d'aujourd'hui. Le citoyen, non autrement identifié, guette, en effet, ceux qui, à un titre ou à un autre, sont censés diriger le pays. Malheur à eux s'ils n'apportent pas une réponse rapide aux problèmes de l'heure, s'ils n'assurent pas la réalisation immédiate de projets concrets sur le terrain économique, social et culturel, s'ils ne contribuent pas au règlement des différends nationaux et internationaux.

Le même citoyen montre sa lassitude, pour ne pas dire plus, face aux propos de tribune.

La question peut être plus directe encore. Elle vise alors une catégorie particulière du personnel politique. Les élus. Ils aiment se prévaloir, sinon se gargariser, de la légitimité qui leur revient. Mais quelle est donc cette qualité dont les parlementaires nationaux — mais aussi les parlementaires européens et, dans les Etats fédéraux, les parlementaires régionaux — bénéficieraient dès leur entrée en fonction? D'où tirent-ils ou comment acquièrent-ils le titre dont ils s'enorgueillissent si volontiers?

Plus fondamentalement encore, la légitimité parlementaire a-t-elle encore un sens? Ne s'agit-il pas d'une relique qui a perdu le plus clair de son utilité? La Grande charte de 1215 est passée de saison... Ou, au contraire, s'agirait-il d'une idée moderne, tout à la fois fondatrice et mobilisatrice? Conserverait-elle son utilité au coeur de l'Etat moderne et de ses assemblées?

A cette question, il sera peut-être permis de procurer une double réponse. La première est théorique, la seconde plus pratique.

D'un point de vue théorique, l'on est enclin à considérer que, contrairement à une idée reçue, la légitimité parlementaire ne procède pas d'une seule source, à savoir l'élection. Ce qui incite à poser une nouvelle fois la question des « contours de la légitimité » (I). L'on retient ici deux traits. La légitimité est plurielle. Elle est aussi relationnelle.

D'un point de vue pratique, l'on estime que, dans l'exercice de sa fonction, un parlementaire doit combiner les diverses facettes de la légitimité politique. Ce qui incite à vérifier les « pratiques de la légitimité » (II). Les réalités sont-elles à la mesure des attentes? Si ce n'est pas le cas, pourquoi ne pas émettre des suggestions dans deux domaines. Celui de l'élection et celui du travail des parlementaires. Elles devraient valoir quels que soient les niveaux de pouvoir où ceux-ci officient.

I. — Les contours de la légitimité

Quels traits caractérisent, aujourd'hui, la légitimité parlementaire? L'on s'autorise à avancer une double réponse. Il y a celle que j'ai lue, pendant quarante ans, dans les livres. Les miens ou ceux de mes collègues. Il y a aussi celle que j'ai pu découvrir, depuis dix ans, sur le terrain de l'action politique — au Sénat, puis à la Chambre des représentants du Royaume de Belgique —. Ces réponses ne sont pas identiques, loin de là. Pour rester cohérentes, elles gagneraient à s'inscrire dans un schéma de complémentarité. Celui-ci reste à dessiner, fût-ce à gros traits.

A. — La légitimité plurielle

La question de la légitimité n'est pas nouvelle. « Qui t'a fait roi? », demandait Adalbert de Périgord à Hugues Capet. « Qui t'a fait député? », pourrait-on dire aujourd'hui, comme en écho.

1. — A vrai dire, la réponse paraît couler de source. La légitimité se définit, dit-on communément, à priori. Elle procède en ligne directe, et même exclusive, de l'élection. Celle-ci doit se dérouler dans les formes

que la Constitution et les lois ont déterminées. Elle doit, de surcroît, respecter les principes généraux que des instruments européens et internationaux ont édictés en la matière.

Le parlementaire a été sélectionné à l'occasion d'une «*élection libre au scrutin secret*», comme le veut le premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Pour éviter toute discussion, des autorités de contrôle ont vérifié la sincérité du scrutin et la régularité du processus électoral.

Que demander de plus? Qui contestera la validité du mandat qui a été attribué dans ces conditions? Qui empêchera l'élu de parler, d'interpeller, de discuter, de délibérer et de voter dans l'assemblée dont il est l'un des membres?

Le raisonnement est on ne peut plus simple. Le parlementaire agit de manière légitime puisqu'il a été choisi de cette manière. Une fois élu, il emporte, avec lui, comme dans un sac à dos, la légitimité que les électeurs lui ont conférée. Il agit en conséquence de cause.

2. — C'est ici que surgit une interrogation — sera-t-il permis de la qualifier détient légitime —. La référence électorale suffit-elle à circonscrire la légitimité parlementaire? N'y a-t-il pas lieu de se montrer plus exigeant? Ne convient-il pas de procéder à des vérifications, non plus à priori mais à posteriori?

Ou, plus exactement, ne faut-il pas compléter l'analyse initiale? Ne faut-il pas se demander si le parlementaire qui, par hypothèse, a été choisi dans des conditions régulières remplit, de manière adéquate et sur le terrain de l'action quotidienne, la fonction éminente qui lui a été attribuée?

Légitimité présumée, légitimité assumée. Les deux gagnent à faire la paire.

Dans l'Etat moderne et dans l'Europe moderne, la question n'est peut-être plus tant de savoir ce qu'«*est*» le parlementaire — un élu, cela va de soi —. Elle est plutôt de savoir ce qu'il «*fait*» — en tant qu'élu —.

Dit en d'autres termes, la légitimité dépend sans conteste d'une élection originelle mais elle est aussi tributaire de la validité des paroles prononcées, des actes accomplis et des votes émis en cours de mandat.

Il va sans dire que les vérifications à posteriori s'avèrent plus complexes, plus délicates et surtout plus subjectives que les contrôles

à priori. Quelle est la qualité du travail accompli? Quelle est son utilité? Apporte-t-il une réponse satisfaisante aux grands et aux petits problèmes de notre temps? Prend-il en compte le passé? Commande-t-il adéquatement le présent? Prépare-t-il à suffisance l'avenir?

L'on devine que ce n'est pas qu'une question de quantité. Il ne suffit pas de comptabiliser les présences, les questions, les interventions, les rapports... Il faut porter une appréciation sur le fond.

Chaque parlementaire accomplira cet exercice pour lui-même — c'est une question de déontologie —. Ses amis ou la formation politique dont il relève ne manqueront pas de procéder à ces analyses périodiques — c'est une question de discipline de parti —. S'il en a les moyens, chaque citoyen profitera encore des échéances électorales pour émettre un jugement sur l'œuvre accomplie et sur celui qui en a été l'un des protagonistes — c'est une question de discernement et de lucidité —.

L'exercice d'évaluation n'a pas pour objet premier de faire « tomber des têtes ». Mais il peut avoir pour effet de placer chacun, y compris chaque parlementaire, devant ses responsabilités. Il peut rappeler cette vérité d'évidence. Dans une société démocratique, nul n'échappe à contrôle. Même pas ceux dont l'une des missions essentielles revient à assurer le contrôle politique des agissements des autres autorités publiques.

B. — La légitimité relationnelle

La légitimité n'est pas une qualité individuelle que le parlementaire détiendrait de plein droit et qu'il utiliserait à son seul profit. Elle amorce une relation durable, celle que l'élu se doit de nouer avec l'électeur—citoyen. Elle s'inscrit aussi dans un contexte institutionnel, celui de l'assemblée parlementaire.

1. — Le peuple souverain — ou, à tout le moins, une partie de celui-ci — a conféré, en un moment précis, la légitimité à une personnalité politique. C'est l'œuvre d'un premier scrutin. Le même peuple souverain confirmera ou, au contraire, retirera la confiance à l'élu lors d'un scrutin ultérieur.

Ces gestes électoraux sont significatifs. Pour l'électeur, pour le candidat, à fortiori pour l'élu. Ils présentent un inconvénient. Ils

donnent à penser que la démocratie est celle de l'instant, qu'elle se caractérise par le dépôt, au jour de l'élection, d'un bulletin de vote dans l'urne prévue à cet effet, qu'elle se cristallise et, en même temps, se résume dans cette opération.

Le parlementaire choisi dans ces conditions pourrait se contenter de dire: « Je suis votre élu. Je suis légitime. Faites-moi confiance. Rendez-vous dans cinq ans ».

Cette réaction n'est plus de mise. Dans l'Etat moderne, le citoyen vote à intervalles réguliers. Il entend aussi se manifester entre-temps. Et, si nécessaire, à temps et à contretemps. Il exprime le souhait de participer, jour après jour, à la vie politique et administrative de son pays, peut-être aussi à celle de l'Union européenne. Et cela, même si, à l'heure dite, il témoigne de moins d'enthousiasme et d'assiduité.

Le citoyen répète, en tout cas, son credo. Le jour de l'élection, il n'a pas donné un blanc-seing. Il n'a ni délégué, ni abandonné les prérogatives citoyennes. Il n'hésite pas à affirmer le droit qui est le sien de contrôler l'usage qui est fait du mandat qu'il a accordé. Et d'en tirer, si nécessaire, les leçons.

Dans ces conditions, la légitimité est amenée à s'inscrire dans la durée. Elle doit se concrétiser dans la relation constante que le parlementaire peut et doit établir avec le citoyen. Et ceci par les procédés — anciens et nouveaux — qui sont ceux de la participation démocratique.

2.— La légitimité parlementaire n'est pas qu'individuelle. Elle est institutionnelle.

L'élu dispose sans doute d'un titre pour agir de manière valable. Mais il n'est jamais qu'un maillon de la chaîne. Il ne saurait perdre de vue qu'il remplit l'essentiel de ses fonctions dans une assemblée où il siège en compagnie — à côté ou en face — d'autres élus, eux aussi tous légitimes. Qu'ils fassent partie de la majorité ou de l'opposition.

Le Parlement n'est pas qu'une addition de parlementaires légitimes. Il est une institution qui revendique elle-même une légitimité au sein de l'appareil de l'Etat. La composition et les attributions que la Constitution détermine contribuent à lui assurer cette position privilégiée et cette responsabilité particulière.

Il va sans dire que le Parlement gagne, lui aussi, à être jugé sur sa compétence, c'est-à-dire sur la qualité et l'efficacité du travail qu'il

accomplir. L'action qu'il réalise a-t-elle une valeur intrinsèque? Mieux: apporte-t-elle une plus-value dans le processus de décision politique?

Le Parlement sera notamment apprécié sur la manière dont il conçoit les relations qu'il entretient, si possible de façon harmonieuse, avec les autres pouvoirs publics, en particulier avec les équipes gouvernementales qu'il a charge de contrôler.

Légitimités individuelle et institutionnelle sont liées. La perte de légitimité des parlementaires affecte celle du Parlement qui les réunit; le régime parlementaire se trouve décrié dans son ensemble. La perte de légitimité du Parlement rejaillit sur chacun de ses membres.

II. — Les pratiques de la légitimité

Le message démocratique est parfois brouillé. Le discours légitimiste, parasité. A qui la faute? Il faut sans doute incriminer les règles et les méthodes. Loin d'instaurer la transparence dans le fonctionnement d'une société politique, elles contribuent à édifier des écrans entre les préoccupations du citoyen et l'action de ses représentants.

Si l'on veut combattre ces pratiques et porter remède à ces dérives, il y a lieu d'explorer deux pistes. L'une est électorale, l'autre fonctionnelle. Mais comment ne pas ajouter que le comportement des hommes et des femmes qui se réclament de la légitimité parlementaire exerce une influence déterminante sur la manière dont l'opinion publique « juge », si l'on peut dire, les comportements des élus.

A. — La légitimité électorale

Il arrive que les dispositions électorales brouillent inutilement les pistes. Elles sont à ce point complexe qu'elles jettent un doute sur la volonté des parlementaires de respecter le suffrage populaire qui a, pourtant, contribué à leur confier de hautes responsabilités politiques. Ou, au contraire, elles se révèlent à ce point lacunaire qu'elles autorisent des pratiques que le corps électoral éprouve quelque difficulté à comprendre, moins encore à cautionner.

1.— Un exemple illustre le raisonnement.

Voici un citoyen-électeur. Il participe aux élections législatives dans son pays — en pratique, dans sa circonscription —. Il choisit de voter pour un candidat déterminé. Il contribue à le faire élire. Il ne sera pas surpris si, au lendemain du scrutin, l'élu se trouve inscrit dans le groupe politique dont il avait annoncé d'emblée la couleur. Mis à part le cas rare du transfuge, c'est la situation normale.

Le même électeur participe, peut-être le même jour, aux élections européennes. Il fait preuve de cohérence et de constance. Il vote pour un candidat du même parti. Il contribue, dans le même mouvement, à le faire élire au Parlement européen. Mais, ici, surprise. Au lendemain du scrutin, l'élu change d'habit. Il s'inscrit dans un groupe qui porte un autre nom.

Ce comportement ne simplifie pas une compréhension des réalités institutionnelles et politiques de l'Union européenne. Sans compter les apparentements fantaisistes ou les groupements contre-nature qui sont conclus après les élections et qui visent uniquement à faire nombre et à obtenir un ensemble d'avantages matériels et financiers.

2. — Faut-il accepter ces comportements nomades? Le jeu politique serait plus clair et la légitimité des élus européens serait mieux assurée si, lors du dépôt des candidatures, les listes affichaient de manière claire leurs intentions et désignaient *in tempore non suspecto* les groupes que leurs élus s'apprêtent à rejoindre. Si, pour de bonnes ou de mauvaises raisons, elles devaient changer d'avis après le scrutin, les élus se trouveraient automatiquement rangés parmi les non-inscrits.

L'on peut aussi se demander de quelle légitimité « européenne » peuvent bénéficier des parlementaires dits européens alors que chacun d'eux aura été choisi à l'occasion d'un scrutin qui s'est développé au cœur de l'un des Etats, voire dans un collège constitué en son sein. L'élection directe d'une partie des membres du Parlement européen dans une circonscription dont le territoire couvrirait celui des Vingt-huit permettrait d'assurer plus de transparence à ce type de scrutin. Elle éclairerait mieux les citoyens de l'Union sur les enjeux et les embûches du travail parlementaire à ce niveau.

B. – La légitimité fonctionnelle

L'élection confère une fonction déterminée. Dans l'Etat, dans l'Union européenne, dans une région — quelle que soit l'appellation que celle-ci reçoive —. Contrairement à une idée répandue, les tâches exercées ne sont pas nécessairement les mêmes. Une appellation identique peut cacher des réalités fortes différentes. L'on ne saurait s'en étonner. Un système institutionnel n'est pas transposable, ici ou là, *ne varietur*. Il n'y a pas lieu de se laisser prendre au piège d'analogies trompeuses.

1. — Le parlementaire vient d'être élu. Peut-être pour la première fois. Il est toute feu toute flamme. Il est motivé. Il veut s'investir dans sa nouvelle fonction. Plutôt que d'en analyser avec les soins les contours, il se lance dans des initiatives qui sont autant de guerres de conquête. Son premier souci est d'accroître le volume de ses responsabilités et, pourquoi pas, celui des institutions qu'il fréquente.

Au besoin, il suggérera des adaptations de la Constitution ou des traités. Le plus souvent, il anticipera sur ses mouvements et il interviendra en marge des textes établis. Ces façons de faire ne servent pas la crédibilité des élus.

Légitimité et loyauté devraient aller de concert. La connaissance du droit et des institutions, celle des possibilités et des limites de l'action parlementaire dans un cadre donné devraient pourtant se situer au premier plan des préoccupations des élus.

Autrement dit, la légitimité s'exerce dans les limites du mandat qui a été attribué et dans le cadre de l'institution d'accueil. Le reste relève de la « piraterie » politique. Elle peut s'avérer payante à court terme mais déconsidère le Parlement à plus longue échéance.

2. — Le parlementaire exerce de manière légitime la fonction qui lui revient s'il accorde ses interventions — orales et écrites — à ses connaissances et à ses convictions. Il agira alors en connaissance de cause. Il défendra à bon droit ses idées et ses préoccupations. Si ce n'est pas le cas, il ne fera que du bruit, il s'agitiera, il occupera son temps et, malheureusement, celui de ses collègues.

La légitimité ne permet pas l'arrogance. Elle rend modeste. Elle n'est pas synonyme d'infaillibilité. L'élu a le droit de parler. Il a aussi le droit de se tromper. Un parlementaire, porteur de la légitimité que

lui confère l'élection, n'a pas nécessairement raison. A d'autres élus, et pourquoi pas aux électeurs, de le lui montrer.

*

La question de la légitimité parlementaire renvoie aux bases mêmes de la construction d'une société politique.

D'où vient le pouvoir? Qui peut l'exercer ? Pendant combien de temps? Qui peut vérifier si l'exercice du pouvoir répond aux exigences de la légalité mais aussi aux valeurs qui peuvent animer nos sociétés politiques?

Ce ne sont pas là des questions philosophiques. Mais politiques. Elles doivent se trouver, chaque jour, au cœur de la réflexion et de l'action.

Pour un parlementaire et pour un Parlement, ne pas se poser ces questions, c'est le moyen le plus sûr de perdre sa légitimité.

Activismo en sede judicial. Precursor de la democracia intrapartidista

Beatriz Eugenia Galindo Centeno*

Partidos, militantes y democracia

Ya en 1982, Giorgio Lombardi formulaba dos inquietantes preguntas en relación con la legalidad o corrupción con la que los partidos políticos conducen su vida interna:¹ ¿puede ser democrático un Estado sin partidos? y ¿son necesarios los partidos para la democracia? Respecto de tales interrogantes concluía que ambas premisas habían servido de preámbulo para reflexionar acerca de la crisis de legitimación de partidos políticos y de la paradójica subsistencia de la democracia gracias a éstos.

Sin duda, los partidos políticos son los canales idóneos para lograr la representación popular adoptada como forma y sistema de gobierno, pero no interesa detenerse a cuestionar la legitimidad del sistema de partidos. Lo que quiere analizarse es el cumplimiento de los fines de un partido político con base en los principios democráticos constitucionales y desde la perspectiva de la militancia, que en el caso mexicano ha provocado el reconocimiento de su legitimación procesal desde hace aproximadamente una década, cuando jurisprudencialmente se

* Consejera electoral del Instituto Nacional Electoral.

¹ González Madrid, Miguel. *Democracia y justicia intrapartidaria. Medios de control interno en los partidos*. Cuadernos de Divulgación. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Distrito Federal, México, 2007, p. 23.

dio pauta a la defensa de sus derechos mediante el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC).

La evolución de la democracia intrapartidista se inscribe en el interés que gradualmente han mostrado tanto la militancia como la ciudadanía respecto de cuestionar cada vez más la validez de acciones políticas y electorales, por medio de consultas y demandas que han sometido a la jurisdicción electoral, en relación con temas que directamente pueden afectar la legalidad del proceso electoral e indirectamente la legitimidad de las elecciones, con las reglas políticas para el acceso a cargos de elección popular o conformación de órganos de dirección interna, los alcances de derechos partidistas e incluso la gobernabilidad que como miembros de sus partidos y de la sociedad misma exigen se garantice siempre al final de cada decisión judicial.

Dice Foucault² que:

El derecho y lo jurídico pueden contener la semilla de emancipación y de reformulación de las relaciones de dominación en la sociedad, tanto desde los límites a los que sujeta al poder, mediante el establecimiento de derechos, como desde la movilización política en torno a los derechos humanos.

Es obvio que este interés no surge de manera espontánea, sino que es producto de la constante insatisfacción política de representatividad partidista, de la corrupción, del juego de intereses, de la invisibilización del electorado, de la falta de compromiso de los partidos políticos respecto de su ideología, del abuso de derechos de la militancia, de la equívoca disciplina partidista como mecanismo de dádiva discrecional de privilegios y oportunidades.

En los partidos políticos, los militantes han decidido actuar, han tomado un punto de inflexión y optado por convertirse en observadores que exigen tanto el respeto a su Constitución, como eje articular del desarrollo social, como a la legalidad de las acciones político-electorales que se vinculan a sus derechos humanos y políticos, con la finalidad de que éstos no se perviertan y, por el contrario, se traduzcan en todo el orden social que —en teoría— debe permear

² Pásara, Luis. *Los actores de la justicia latinoamericana. Relaciones de poder, justicia y nuevos actores*. Ed. Universidad de Salamanca. Salamanca, España, 2007, p. 151.

el trabajo de los representantes libremente elegidos en cada una de las áreas, acciones, programas y políticas que implican fortalecer el Estado de Derecho y la democracia.

Así, el dominio de la política se relaciona con la concepción del militante como precursor y destinatario del derecho intrapartidista. Una persona es políticamente autónoma cuando puede ser copartícipe de manera libre e igual junto con los partidos políticos en los procesos de creación de las normas y reglas con las que una comunidad se autorregula. Es decir:

La posición jurídica del ciudadano, no solo se realiza a través del aseguramiento de sus derechos individuales, sino que, además, requiere la participación activa de los ciudadanos en los procesos de lucha por el reconocimiento de sus derechos.³

El concepto de justicia intrapartidista debe complementarse con el reconocimiento garantista de la identidad del individuo y del militante en su contexto personal, como parte de sus derechos al ser miembro de una comunidad política de derecho.

En suma, el reconocimiento político depende de la aceptación del estatus que cada persona pueda conseguir como ciudadano en los procesos de conformación de la voluntad colectiva de una comunidad política determinada. Si a un militante no se le reconoce su voz en el ámbito de sus derechos políticos, se originan formas de exclusión y segregación y, por ende, de diferenciación entre militantes “de primera y segunda clase”.⁴

Obviamente, el descontento social obedece al abuso del poder que ciertos grupos políticos de influencia han detentado tradicionalmente, con lo que se ha desvirtuado la razón de su ejercicio —consistente en el servicio al pueblo— por intereses diversos, distantes del interés público.

Los partidos y agrupaciones políticas, precandidatos y candidatos, autoridades, instituciones, entre otros, son sujetos que la legislación

³ Cortés Rodas, Francisco. *De la política de la libertad a la política de la igualdad*. Bogotá, Colombia, Siglo de hombres editores/Universidad de Atoquía, primera edición 1999, pp. 113-14.

⁴ *Idem, op.cit.*, p. 121.

electoral reconoce como entes legitimados para controvertir o intervenir, según sea el caso, en el desarrollo habitual de un proceso electoral, o bien en la integración de autoridades electorales, en los procesos de democracia interna, en el régimen de sanciones administrativas, etcétera.

Generalmente, en las demandas presentadas en sede judicial, se controvierte la legalidad de las determinaciones acerca de integración de órganos, imposición de sanciones, votaciones, convocatorias y un sinfín de actos interrelacionados, siempre y cuando exista un interés jurídico suficiente que incida en la esfera jurídica de las partes y que signifique un menoscabo o una ganancia para el patrimonio legal de los entes inmersos.

Pero, ¿qué sucede cuando un militante no resiente de manera directa una afectación o bien no se beneficia con la resolución que se tome? ¿Por ese simple hecho no tiene derecho a inconformarse en cuanto al respeto a la norma constitucional en determinado asunto que considera podría atentar contra el Estado de Derecho, de acuerdo con la ideología que comparte y con las finalidades esencialmente conferidas a los partidos?

Evolución de la justicia intrapartidaria

En México, con la alternancia política del 2000, los partidos y sus militantes observaron que el acceso al poder era factible dada la evolución democrática de la sociedad y de sus ciudadanos e ideologías, así como por la confiabilidad de las instituciones.

Quizá ése fue el detonante para que los militantes impulsaran, cada vez más, acciones jurídicas que ante el régimen de partido hegemónico —Partido Revolucionario Institucional— jamás habrían visualizado. A partir de esto, las estadísticas de impugnaciones de militantes que alegaban derechos violentados por los partidos respecto de procedimientos internos de selección de candidatos o de dirigencias partidistas y demás cuestiones internas se incrementaron sustancialmente en pocos años.

Así, de 2001 a 2006, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) resolvió cuestiones referentes a:

- 1) Procedimientos o métodos internos de selección de candidatos y precandidatos.
- 2) Imprevisión en normativa interna de órganos de justicia intrapartidaria.
- 3) Integración de órganos en el partido.
- 4) Derecho al voto activo y pasivo (respeto al principio mayoritario de decisiones).
- 5) Periodicidad de los cargos.
- 6) Garantía de libertad de expresión.
- 7) Derecho de afiliación, reunión e información.
- 8) Transparencia en el financiamiento.
- 9) Derecho a formar corrientes de opinión y respeto al pluralismo de tendencias (derecho a disentir).
- 10) Acciones afirmativas.
- 11) Suspensión y expulsión de miembros.
- 12) Imposición de sanciones, catálogos y grados de sanciones.
- 13) Establecimiento de medios de impugnación intrapartidistas.
- 14) Establecimiento de asambleas, periodos y requisitos.
- 15) Validación de reglamentos partidistas.

Un sinnúmero de deficiencias e irregularidades que se observaban en los partidos y que sus militantes hicieron patentes ante la inobservancia del principio de legalidad, que deberían revestir todos los procedimientos de esas instituciones políticas.

En ese sentido, y dada la omisión directiva de los partidos para emitir resoluciones garantizando el acceso a la justicia, así como ante la imprevisión de los estatutos partidistas y de la legislación vigente, dichos medios de defensa tuvieron que ser sustanciados ante un órgano jurisdiccional, específicamente, la Sala Superior del TEPJF.

Dicha Sala, por medio del JDC, fue forjando lineamientos encaminados a garantizar una tutela judicial efectiva de los derechos que los militantes y afiliados podían defender ante la imprevisión estatutaria interna.

Para algunos, lo anterior representó un parteaguas en la democracia intrapartidista, pues los actos de los partidos políticos como entidades de interés público se encontraban sujetos a la revisión jurisdiccional en aquellos supuestos que contravinieran su naturaleza y su encomienda constitucional como medios indispensables para lograr la representación del pueblo.

Así, se propició un debate político interesante, pues, para esos núcleos de poder que tenían la llave de acceso a los cargos de elección popular, esa intervención significaba una intromisión en su vida interna y, lógicamente, en su poder. Sin embargo, el respeto a los derechos fundamentales se encontraba más allá de ese debate polarizado.

En un principio, ante tales impugnaciones, en la tesis de jurisprudencia JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. ES IMPROCEDENTE CONTRA ACTOS DE PARTIDOS POLÍTICOS, la Sala Superior consideró que los partidos políticos no podían ser señalados como autoridades responsables y, por ende, sus actos no podían ser controvertidos, criterio que posteriormente fue superado por la tesis de jurisprudencia S3ELJ 03/2003, de rubro JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. PROCEDE CONTRA ACTOS DEFINITIVOS E IRREPARABLES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

En esa tesis de jurisprudencia, la Sala Superior señaló lo siguiente:

De mantener el criterio anterior, se reduciría sin justificación la garantía constitucional prevista para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, dejando una laguna, y se estaría distinguiendo donde el legislador no lo hace, lo que además implicaría que las resoluciones de los partidos políticos al dirimir este tipo de conflictos, serían definitivas e inatacables, calidad que en materia electoral únicamente corresponde a las del Tribunal Electoral, lo anterior, sobre la base de que el criterio aceptado es que se deben agotar las instancias internas de los partidos, antes de acudir a la jurisdicción estatal.

De ese modo, la Sala concluyó que si el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establecía que el Estado mexicano se erigía como una República democrática por voluntad del pueblo, entonces, era indudable que los partidos políticos, como canales para su conformación, también debían ser democráticos.

Respaldando esa construcción ideológica, se invocaron los tratados internacionales celebrados por México, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 19, 21, 22 y 25, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), diversos 13, 15, 16 y 23, los cuales, concatenadamente y de entre todos los derechos fundamentales, distinguen los de libertad de expresión, asociación, información, reunión y participación, así como la participación política por medio de los derechos de asociación, voto activo y pasivo.

Además de esa conclusión, por la que se llega a tutelar los derechos políticos de la ciudadanía, se estableció que debía observarse la garantía de acceso a la jurisdicción contemplada en los artículos 2 y 14 del Pacto y 25 de la CADH.

Desde esa óptica tuitiva, la Sala Superior siguió emitiendo criterios mediante los cuales, poco a poco y de una u otra forma, obligó a los partidos políticos a modificar sus estatutos y directrices organizacionales a fin de subsanar irregularidades y evitar una práctica reiterada de ilegalidades en el seno de su militancia. Así, sostuvo que los elementos comunes que caracterizaban la democracia también debían tutelar en las instituciones políticas las garantías de:

- 1) Deliberación y participación ciudadana en el mayor grado posible.
- 2) Igualdad (no deben coexistir privilegios para unas personas con exclusión de otras).
- 3) Ciertos derechos fundamentales (libertad de expresión, información y asociación).
- 4) Control de órganos electos (posibilidad real y efectiva de que los ciudadanos puedan no sólo elegir a quienes estarán al frente del gobierno, sino removerlos en los casos que así lo amerite la gravedad de sus acciones).

También que los partidos y asociaciones políticas tendrían ciertos elementos mínimos que cumplir, como:

- 1) Establecimiento de la asamblea de afiliados como principal centro directivo.
- 2) Derecho a votar y ser votado para la elección de órganos directivos, con las calidades de igualdad y universalidad y con independencia de que el voto se ejerza de manera directa o indirecta.
- 3) Establecimiento de mecanismos de control de los órganos directivos.

Esto coadyuvó a que los partidos comprendieran que se encontraban ante una sociedad más compleja y plural y que, por ende, no debían permanecer obsoletos en sus normas internas, procedimientos de elección, órganos de control, ni en nada que implicara el descontento ciudadano y la transmutación política.

Las desventajas que conllevaba permanecer en la ideología de una intromisión del Estado en su vida interna no constituían más que una involución democrática, pues representaba un medio de regulación y de control indirecto de la constitucionalidad y legalidad en el actuar de los núcleos partidistas como articulaciones de la soberanía estatal.

Situaciones tales como cambio de figuras importantes de un partido hacia otro —transfuguismo—, desprendimiento o afiliación masiva de militantes, desinterés ciudadano de afiliación, legisladores independientes, violación sistemática de garantías fundamentales de sus afiliados, centralización de las dirigencias partidistas y su consecuente lejanía con los ciudadanos, nula circulación de puestos directivos y escasa regulación jurídica representaron un fuerte contrapeso a los argumentos que vertían los partidos políticos en el sentido de que perdían su autonomía con la supuesta intervención del Estado —que, como se dijo, no fue más que la supervisión de su actuar en el cauce jurídico—; con esto, las irregularidades descritas evidenciaron que las dirigencias partidistas estaban abusando del poder y debían ajustarse a un control.

La exigencia de democracia interna de los partidos políticos tiene por objeto impedir que un eventual déficit democrático se traduzca en un desgaste del mecanismo de representación política y ponga en duda el correcto funcionamiento del Estado.

El ejercicio de conciencia de los partidos políticos, las directrices trazadas por el TEPJF y la facultad de vigilancia del entonces Instituto Federal Electoral —hoy Instituto Nacional Electoral— paulatinamente derivaron en una mayor inclusión de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, y su utilización ha sido vista por la opinión pública como un indicador de democratización partidista.

Con la reforma constitucional de noviembre de 2007, los militantes de los partidos políticos quedaron legitimados para interponer juicios ante el TEPJF, cuando consideraran afectados sus derechos político-electorales y una vez agotadas las instancias intrapartis-

tas. Así, el Tribunal Electoral se constituyó en el órgano límite para resolver los conflictos de acuerdo con la normatividad interna del partido, ejerciendo un control de estatutoriedad de conformidad con el orden jurídico.

Derechos de los militantes

Los derechos de los militantes de partidos políticos han dejado de ser los tradicionales de voto activo y pasivo, de asociación y afiliación. En ese sentido, el magistrado Leonel Castillo González⁵ señala que entre los derechos fundamentales de los afiliados, necesariamente también habrán de ser respetados otros conexos como:

Libertad de creación y organización de corrientes dentro del propio partido.

Libre acceso al partido político y salida del mismo. En cuanto al acceso, no cabría negarse el acceso a un partido político cuando la causa de inadmisión se base en circunstancias discriminatorias, tales como el sexo, la raza, la religión, etc. La decisión sobre la admisión o no debe estar debidamente motivada, y encomendarse siempre a un órgano imparcial.

Creación de la figura del defensor del afiliado, que permita la canalización de las demandas y peticiones formuladas por los afiliados, y de continua relación entre los órganos dirigentes y las bases.

Asimismo, en cuanto a la conveniencia de establecer una especie de control político de los dirigentes y con la finalidad de favorecer la necesaria circulación y sustitución de éstos, deberá darse entrada a nuevos planteamientos e impedir la inamovilidad, así, señala como indispensable:

Que al interior de los partidos se reconozcan los derechos fundamentales de los afiliados, y que se garanticen por órganos y procedimientos eficaces, [...] tales derechos son esencialmente los mismos que tienen los ciudadanos, y que son

⁵ Castillo González, Leonel. *Los derechos de la militancia partidista y la jurisdicción*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Distrito Federal, México, 2004, pp. 27-46.

oponibles frente al Estado y ante cualquiera otra entidad pública, descentralizada, o incluso los particulares.

En efecto, el reconocimiento de los derechos fundamentales, como los de sufragio activo y pasivo, información, expresión, así como libre acceso y salida del partido, en el documento constitutivo o normativo de la asociación política [...] aunque los estatutos de un partido no incluyeran expresamente esos derechos fundamentales, la organización partidista está obligada a respetarlos por imperativo constitucional.

El elemento concerniente a procedimientos disciplinarios, con las garantías procesales necesarias, tiene su razón de ser en que la disciplina en un partido es importante, en cuanto tiende a determinar una regla de conducta conforme al interés colectivo o razón de ser del grupo, además de que la indisciplina de unos puede redundar en conculcación de los derechos de otros militantes, por lo que es indispensable un régimen sancionatorio.

Finalmente, la exigencia de una cultura cívica democrática al interior del partido, persigue como finalidad sensibilizar a la membresía de la importancia que su participación tiene para el funcionamiento del sistema democrático en su conjunto, creando un ambiente en donde el sujeto se sienta participe en la formación de la voluntad de su partido y, por ende, trasladable a ámbitos externos.

Siguiendo esta línea discursiva y previamente a establecer un marco de referencia doctrinal respecto de la esfera jurídica de la militancia, conviene destacar ciertas ideas del doctor José Luis Ramírez Huanosto contenidas en su artículo “Los derechos de los militantes partidistas”.⁶ En éste, destaca como principales derechos de los militantes:

- 1) Democracia interna.
- 2) Interpretación de disposiciones estatutarias, debiendo armonizar el derecho de asociación de los ciudadanos y la libertad de organización de los partidos políticos.
- 3) Prescripción de la potestad sancionatoria.
- 4) Libertad de expresión.
- 5) Derecho de acceso a la información pública en materia electoral.

⁶ Ramírez Huanosto, José Luis. “Los derechos de los militantes partidistas” en *Expresiones*, órgano oficial de difusión del Instituto Federal Electoral de Michoacán. Núm. 2, 2ª época. Agosto de 2007.

En cuanto al primero de los derechos, el autor refiere que la democracia interna debe ser un criterio de estructuración de los partidos políticos, por el simple hecho de que éstos se encuentran inmersos en el funcionamiento del Estado.

Así, claramente, los dos autores mencionados comparten la idea de que en los partidos políticos debe establecerse un catálogo de derechos de militantes y también respetarse la libertad de expresión, de igualdad de participación política, el derecho a la información, así como el establecimiento de procedimientos disciplinarios.

Tales aportaciones doctrinales resultan en gran medida coincidentes con el contenido de la jurisprudencia 3/2005 de la Sala Superior: ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ELEMENTOS MÍNIMOS PARA CONSIDERARLOS DEMOCRÁTICOS.

Probablemente, los partidos nunca lleguen a una democratización completa, pero siempre hay que propugnar por esa meta y garantizar el ejercicio de derechos en éstos, pues debe reconocerse la capacidad de empuje de la ciudadanía para transformar la política e influir en la dinámica de su participación y, eventualmente, en su diseño.

El papel del juzgador y la legitimación de los militantes como actores emergentes en el control de actos políticos

Claramente, desde el punto de vista del impulso jurisdiccional ciudadano o militante, el activismo judicial ha tomado un papel central en la reformulación del control de los actos de los partidos políticos y de autoridades electorales.

No obstante, el activismo del juez continúa siendo tímido, pues a menudo se desechan demandas por carecer el actor de interés jurídico para impugnar la interpretación, alcance o límites de un derecho que cuestiona por colisionar en su esfera personal, en detrimento de algunos de los derechos que hasta antes de la reforma de agosto de 2012 eran patrimonio exclusivo de los partidos políticos o candidatos.

En el proceso electoral 2012, tanto ciudadanos como candidatos y militantes, en defensa exclusiva de sus derechos personalísimos fren-

to a los del partido político al que pertenecían, se atrevieron a cuestionar ante los órganos jurisdiccionales una serie de colisiones normativas que iban en contra del Estado de Derecho y de la tutela judicial efectiva.

Ciertamente, se ha avanzado al admitir los medios de impugnación, en algunos casos incluso se ha llegado a conocer el fondo del asunto. En la mayoría de los órganos judiciales, han sido tan interesantes las cuestiones planteadas que los órganos jurisdiccionales deben legitimar su voto de manera que justifiquen suficientemente la decisión asumida. Los garantistas justifican sus decisiones por medio de la argumentación, el respeto a los derechos humanos, el principio de progresividad e interdependencia, la tutela judicial efectiva, la garantía de audiencia, el acceso a la justicia, el interés democrático, la norma útil, etcétera, mientras que los procesalistas lo hacen prefiriendo la aplicación estricta de la ley y de la regla procesal.

Por lo que hace al Poder Judicial y en concreto a un tribunal constitucional, éste no debe minimizar los intereses controvertidos en función de uno específico, pues su papel consiste en verificar la regularidad normativa y axiológica que una Constitución enarbola y, si la pluralidad es uno de ellos, debe tutelar su armonización en la norma, de acuerdo con la realidad sociocultural del país.

Para ciertos jueces, los “jueces tímidos” —como dice Víctor Ferreres Comella—,⁷ un dilema sometido a jurisdicción de calado constitucional significa preferir no afrontarlo definitivamente e invocar el “derecho con un susurro y no con un grito”, tratando de preservar la validez normativa de la ley, antes de atreverse a efectuar una interpretación conforme.

Para otros, es un privilegio poder participar en el curso de progresión normativa de acuerdo con los valores inmutables del bien común asociado a la dignidad humana, que una sociedad da como base fundacional de su pueblo; esto les representa una prerrogativa única, ya que en sus mentes y en sus firmas encuentran la palabra final a lo que debe entenderse por tal o cual derecho debatido en sede judicial, en un contexto actual.

⁷ Cfr. Víctor Ferreres Comella. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Cap. 7, La superación de la timidez judicial. Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 129.

No obstante, existe una opinión más, “la objeción democrática”,⁸ la cual cuestiona el privilegio o peligro que representa que un juez constitucional delimite o extienda el marco jurídico, y como se sabe, esta opinión no tiene su pódium propiamente en el foro Judicial sino en el Legislativo.

Dicha opinión cuestiona la legitimidad del juez para pronunciarse en cuanto a los valores democráticos, ya que, de cierta manera, se considera que se encontraría legislando, circunstancia que se estima antidemocrática dada la separación de poderes que sirve de parámetro para calificar a una democracia plena.

Ciertamente, dicha opinión se justifica porque los jueces no son electos popularmente y, por tanto, la representación del pueblo y la facultad de hablar en nombre de la Constitución y de encarnar los intereses del conglomerado social no se les atribuyen originariamente. Así, se considera que las voces y visiones judiciales emitidas cambian el marco jurídico constitucional, no por medio del habitual proceso de creación y reforma de ley, sino por una decisión interpretativa que carece de legitimidad al no ser una decisión mayoritaria que se exprese por medio del órgano del Estado facultado para esto, en que la regla de mayoría tiene un valor intrínseco.

Al abordar el estudio del control judicial constitucional, Luigi Ferrajoli señala a favor que cuando derechos fundamentales como los acotados se encuentran insertos en el debate, orillan a los jueces a “anular leyes que son lesivas a los derechos fundamentales, están en realidad preservando la democracia”.⁹

De igual manera, dice Dworkin¹⁰ que no se produce ningún déficit democrático cuando los jueces invalidan leyes con el argumento de que no satisfacen ciertas precondiciones que el proceso político debe respetar para ser valioso moralmente, dado que dichas condiciones democráticas son necesarias para garantizar al individuo su pertenencia moral a la comunidad política.

⁸ *Ibidem*. La objeción democrática. Cap. 8, p. 139.

⁹ *Ibidem*, p. 141.

¹⁰ *Idem*.

En suma, son varias las voces que avalan el control judicial constitucional como última expresión de la validez normativa en el orden jurídico imperante; mientras los máximos tribunales generen un beneficio democrático, la postura asumida compensará todo costo político.

A partir de la teoría de control de poderes, es obvio que el objetivo consiste en limitar el abuso del poder, y si las sentencias —por lo que toca al Poder Judicial en este engranaje de control— limitan o extienden un contenido constitucional estrechamente vinculado a la efectividad de los derechos fundamentales en el orden jurídico, es una clara muestra de que tal sentencia representa la expresión material de la ley fundamental.

Si a estos valores estructurales de la CPEUM se suman los derechos humanos como los de votar, ser votado, libertad de expresión, derecho a la información, a la función pública, a la garantía de audiencia, a un recurso judicial efectivo y otros que cada individuo, ciudadano y militante tienen para exigir su parte alícuota en la conformación del Estado, se concluye que “cada persona debe tener la oportunidad de influir en el contenido de las decisiones colectivas [...] con igual consideración, y darle libertad para elegir el tipo de vida que le resulte más valiosa”.¹¹

El TEPJF se ha reconocido como uno de los que nacionalmente privilegia, en la aplicación de la interpretación y argumentación judicial, un enfoque garantista en muchos de los casos sometidos a su jurisdicción, sobre todo cuando la eficacia queda supeditada a una limitante procesal, o bien cuando la indeterminación normativa o antinomia permitan extender un derecho, valor o principio de contenido constitucional.

Legitimación excluyente y expansiva en el activismo judicial

Con el paso de los años, numerosos procesos electorales y varias reformas estructurales en materia política, electoral y de derechos humanos, se ha logrado avanzar en sede judicial en cuanto a la delimitación

¹¹ *Op. cit.* 7, p. 129.

o significación inicial de derechos político-electorales del ciudadano y del militante.

Al menos en la jurisdicción electoral, hoy día, los jueces no sólo deben pronunciarse en cuanto al derecho al voto activo y pasivo o al derecho de asociación y afiliación, sino que deben hacerlo en relación con un sinnúmero de derechos fundamentales que escapan de la gama tradicional, pero que se interconectan con la garantía de participación política.

El magistrado Santiago Nieto Castillo señala que “los derechos políticos abarcan un número considerable de expectativas de personas y de ciudadanos, que incluyen desde la posibilidad de emitir el sufragio hasta la expresión en materia política”.¹²

Pero, ¿qué debe entenderse por derechos políticos? Según María Elena Rebato Peño,¹³ aquellos derechos fundamentales que tienen como finalidad proteger la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos —incluido el actuar de los partidos políticos— y, en consecuencia, en el funcionamiento de las instituciones democráticas.

Deben entenderse, también, como aquéllos que posibilitan:

- 1) La participación directa o indirecta de las personas —individual y colectivamente consideradas— en los procesos de formación de la voluntad estatal o en asuntos públicos.
- 2) El acceso o nombramiento en las funciones públicas en condiciones generales de igualdad.
- 3) La expresión, imprenta, reunión, asociación (libre e individual) y petición en materia política.
- 4) La defensa de la República y sus instituciones.

¹² Nieto Castillo, Santiago y Espinoza Morales, Luis. *El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Competencia de Sala Regional*. Ed. Porrúa. México, Distrito Federal, 2012, p. 34.

¹³ Rebato Peño, María Elena. *Análisis comparado México-España de los derechos político-electorales*. Serie Temas selectos de Derecho Electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México, Distrito Federal, 2010, p. 12.

Todos esos derechos constituyen una serie de prerrogativas o derechos públicos subjetivos que no se agotan con el mero ejercicio del voto activo o pasivo, pues, indefectiblemente, implican:

- 1) Participar o intervenir en los actos encomendados por el pueblo o la ciudadanía a los órganos del poder público, es decir, incidir en la toma de decisiones gubernamentales, partidistas, y en el ejercicio del poder del Estado.
- 2) Ocupar un cargo público o fungir como servidor público.
- 3) Ejercer las libertades ideológicas y garantizar su manifestación y difusión.
- 4) Defensa de las instituciones.

Debe concluirse que los derechos políticos —especialmente la democracia representativa— son condicionantes del resto de los derechos humanos, es decir, existe una relación de medio a fin, pues son de carácter instrumental y aseguran la vigencia del resto de los derechos humanos. También puede considerarse que las libertades ideológico-políticas de reunión, asociación, petición e información son condiciones esenciales para el desarrollo de los demás derechos políticos tanto de ciudadanos en la acepción amplia como de afiliados en una connotación restringida.

En función de lo anterior, cuando cualquier derecho interconectado con los referidos sea transgredido, debe estimarse como condición suficiente para analizar de manera exhaustiva la legitimación de tales casos, necesariamente con una visión de progresividad frente a los principios que el juez tenga ante él y el caso concreto.

Papel de las reformas en la evolución de las reglas democráticas

La relevancia que hoy tienen los derechos humanos en el orbe no es espontánea, sino que emana de una capitalización de pérdidas, fracasos y expectativas.

Vigilar el respeto irrestricto de los derechos humanos no es una tarea sencilla. Determinar realmente la efectividad material que éstos adquieren en los órdenes jurídicos internos, ya sea en los ámbitos personal, gremial, social o estatal, requiere de una coyuntura funcional del poder de autoridad estadual y regional, de los entes de interés público, de los partidos y de la misma ciudadanía.

La CPEUM fue reformada en 2011, y ahora en su artículo 1 se señala que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con ésta y con los tratados internacionales en la materia y en todo tiempo se procurará a las personas la protección más amplia, es decir, se elevó a rango constitucional el principio pro persona. Además, se establece que toda autoridad tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar estos derechos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Así, las autoridades que ejerzan funciones de tipo jurisdiccional deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad (como pacto jurídico y ético entre las naciones, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos que reconoce que éstos corresponden a todos los seres humanos), interdependencia (los derechos humanos establecen relaciones recíprocas entre ellos), indivisibilidad (todos los derechos humanos se encuentran unidos, pues todos juntos forman una sola construcción) y progresividad (entendida como gradualidad y avance, de modo que siempre puede superarse).

La Constitución de un Estado democrático, dice Häberle, es una obra abierta, un proyecto de sociedad justa, una sociedad abierta de intérpretes constitucionales; en esa línea discursiva, señala y subraya la importancia de la dimensión cultural de la Constitución para reforzar el Estado de Derecho. En una de sus observaciones al respecto, apunta que:

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

una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.¹⁴

En ese sentido, la Judicatura debe entender que “resolver y resolver haciendo justicia no es exactamente lo mismo”;¹⁵ ya la labor del juez no implica sólo el deber formal de resolver frente a un aislado principio de legalidad y conformidad del orden jurídico, pues éste no lleva *per se* la inmutabilidad del deber ser. El deber ser es cambiante y debatible, característica de la convivencia social que siempre debe ser garantizada por el Estado de Derecho que supone una concepción integral de valores, los cuales precisan reconocerse ante las variantes que se sometan a la jurisdicción.

Con esto, se intenta inferir que en la actualidad es ineludible que el juzgador acuda a los principios para fundamentar sus sentencias ante casos difíciles. Pues, lógicamente, la subsunción como método jurídico de resolución representa una herramienta primaria cuando la regla es explícita y los hechos, ciertos. Pero cuando la indeterminación normativa obliga al juzgador a tomar una decisión, es necesario fundamentarla en los metavalores que debe contener la interpretación en un sistema jurídico constitucionalizado.

Así, puede observarse que los principios juegan un papel legitimador fundamental respecto de la obligación que tiene el juez de asumir una posición frente al Estado de Derecho y la sociedad que lo conforma al dictar una sentencia y brindar seguridad jurídica. Contrario sería si sólo se valiera de las reglas y del contenido formal de los derechos, pues, en todo caso, esto legitimaría únicamente a la autoridad legislativa y pondría en tela de juicio la vigencia real del derecho.

Otra reforma ha cambiado de manera trascendente el modo en que los derechos humanos de tinte político se articularán en sede judicial, pues también en 2012 se publicó el decreto que incrementaba las “prerrogativas” —hoy derechos— de los ciudadanos y, por ende, de

¹⁴ Häberle, Peter. “El estado constitucional europeo”. Traducción de Francisco Balaguer Callejón, en *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*. Número 2, México, Distrito Federal, 2000, p. 415.

¹⁵ Cfr. J. Alberto del Real Alcalá, en *Panóptica-Revista Acadêmica de Direito*, Vitória, Brasil. No. 18, marzo-junio 2010, pp. 40-60.

aquéllos que también militan, con lo que se amplió el espectro de situaciones por las que un ciudadano común tendrá el interés jurídico suficiente, como nuevo actor político, para controvertir o cuestionar la validez de los actos y resoluciones que se refieran a candidaturas independientes, iniciativa de leyes o consultas populares.

Pero la importancia de la idea a transmitir radica en entender ese nuevo catálogo de derechos de los ciudadanos no sólo como una herramienta más de participación ciudadana, sino como una verdadera llave de acceso al activismo judicial.

Varios de los motivos asentados en las discusiones del proyecto de ley que desde 2008 han impulsado esta reforma consistieron en disminuir el predominio del ejercicio del poder en manos de los actores tradicionales y trasladarlo al campo de la ciudadanía participativa.

Si se analiza el texto íntegro del dictamen referido, puede desprenderse fácilmente que figuras constitucionales como la iniciativa ciudadana, la consulta popular, las candidaturas independientes y la reelección de legisladores y ayuntamientos representan, en cierta medida, una concesión de poder a favor de la ciudadanía a costa del que tienen actualmente tanto el presidente de la República para incidir en la agenda legislativa como los partidos políticos para manipular el acceso al poder.

En tales iniciativas, y con la intención de contribuir al fortalecimiento del poder directamente en manos de la ciudadanía al ofrecerle nuevas formas de participación y mecanismos de sanción al desempeño de sus funcionarios y representantes públicos, se hizo patente la búsqueda de dos objetivos centrales: el fortalecimiento del vínculo entre la ciudadanía y el sistema político, y la implementación de mecanismos que permitan consolidar las instituciones.

Por medio de las citadas reformas se ha señalado que actualmente el país cuenta con un sistema partidista plural y competitivo, instituciones electorales confiables, una sociedad y una militancia atentas y demandantes de resultados. Sin embargo, también se destaca que dichos cambios no han ido de la mano con una mayor capacidad de atención y resolución de problemas y necesidades ciudadanas de manera eficiente por parte de los diferentes órdenes de gobierno, por lo que ahí se encuentra la obligación del Estado para dar efectividad de manera integral a las reglas que van surgiendo con los años y las distintas

legislaturas, pues no basta la progresividad normativa si no se le acompaña de una estructuración institucional y reglamentaria que materialice el propósito de las ambiciosas reformas de que se ha hablado.

Conclusión

Es patente que en varias ocasiones han sido la ciudadanía y la militancia responsable y organizada quienes han acudido a instancias internacionales y presentado peticiones y denuncias de casos acerca de violaciones sistemáticas a derechos humanos, y es gracias a esto que el engranaje ha comenzado a movilizarse.

No obstante, es interesante preguntarse ¿de qué ciudadano se parte?, ¿qué ciudadano se tiene? y ¿qué ciudadano se quiere?, también, ¿qué militancia se quiere?; éstas representan —en palabras de Rafael Aguilera Portales— las interrogantes necesarias para identificar la actual crisis de identidad por la que atraviesa la sociedad.¹⁶

Recuérdese que los derechos humanos y la democracia son pilares fundamentales para el desarrollo de una ciudadanía, por tanto, un enfoque integral de este concepto debe partir necesariamente de un sistema de derechos constitucional y eficazmente garantizados para todos los miembros de una comunidad. Entonces:

Si los derechos del ciudadano —que ahora están en el centro del discurso moral de la democracia— se convierten, además, en “verdades jurídicas” que pueden, o deben, ser justiciables —es decir, amparados por un tribunal—, en ese imaginario público el mundo de la legalidad y de la vía judicial pasa a ser una herramienta relevante y una escala importante para medir la “calidad de la democracia”.¹⁷

¹⁶ Aguilera Portales, Rafael Enrique. La ciudadanía democrática en la teoría política contemporánea, 1.7. Críticas hacia el comunitarismo y liberalismo político: La virtud cívica. *Ciudadanía y participación política en el Estado democrático y social*. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 2010, p. 33.

¹⁷ Domingo, Pilar. *Relaciones de poder, justicia y nuevos actores*. Salamanca, España, 2007, p. 160.

Es así que el futuro de los partidos políticos posiblemente esté asociado a una mayor transparencia en sus gestiones, un mayor grado de profesionalización de sus políticos, además del fortalecimiento de los mecanismos de fiscalización de sus actividades. Esto supone, en voz de Miguel González Madrid:¹⁸

Reducir las ventajas de aquéllos que viven de la política, promover competencia interna, generar un reclutamiento más abierto, así como una mayor adecuación entre las reglas formales e informales, elaboración de políticas informadas, y mayor confianza ciudadana.

Ciertamente, puede concluirse que los partidos políticos son pieza clave en el avance de la gobernabilidad y, por ende, de la sustentabilidad del Estado de Derecho. También se coincide en que en el escenario de control de poderes se cuenta con instituciones autónomas e independientes y que las garantías de judiciabilidad son parte ya de uno de los derechos humanos primordiales del ciudadano: el derecho a la participación política. Con base en éste, militantes y ciudadanos acceden a recursos judiciales efectivos y así se hace posible inicialmente la eficacia real del resto de garantías político-electorales y, en consecuencia, la eficacia del orden interno y del sistema democrático.

Sin duda, la eficacia del derecho electoral mexicano descansa en la ciudadanía participativa, en el activismo judicial, en el impulso ciudadano y militante, en la articulación legal de principios y valores que deben reflejar cada acto de autoridad; no obstante es cierto que descansa en el reclamo del ciudadano que se tiene, pero también en la visión del ciudadano y de la democracia que se quiere.

¹⁸ *Op. cit.* 1, p. 23.

La séparation des pouvoirs et le droit électoral en Russie*

Dr. Iur. Sergueï Kouznetsov**

Après la chute de l'URSS, les nouveaux dirigeants de la Russie l'emportent sur les forces conservatrices et communistes de leur pays parce qu'ils arrivent à rallier aux réformes une grande partie de l'administration publique soviétique (*la nomenklatura*). Le Président de la Fédération de la Russie, Eltsine, arrive à combiner habilement un discours démocratique, qui comprend les promesses d'une démocratie libérale et d'une place plus importante pour les élites locales avec l'idée de la souveraineté nationale et l'adaptation de l'appareil d'Etat à la nouvelle réalité politique. A quelques exceptions près, la Russie n'adopte pas les mesures de lustration comme ce fut le cas dans beaucoup de pays post-communistes d'Europe centrale ou Baltes et ne réforme pas l'administration publique. Les nouveaux dirigeants, qui dans leur majorité sont issus eux-mêmes de «l'ancien régime», veulent maintenir le contrôle de l'Etat central sur l'ensemble de leurs territoires au sein de la fédération (les sujets) et des ressources naturelles depuis Moscou.

En dépit d'une volonté de réformer le pays et de la nouvelle Constitution démocratique adoptée en 1993, la Russie reste confrontée 24 ans après la chute de l'URSS, au problème d'un cadre juridique insuffisant

* Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que son auteur.

** Chef de la Division de coopération avec les Etats voisins de la Commission de Venise.

pour garantir la protection des droits de l'homme prévue par sa propre constitution et peu adapté pour l'intégration complète et rapide des mécanismes de protection des droits, prévus entre autres par la Convention européenne des droits de l'homme, qu'elle a ratifiée au moment de son adhésion au Conseil de l'Europe. Si la Fédération de Russie veut maintenir son engagement à bâtir une société basée sur la primauté des droits et libertés fondamentaux, ce cadre doit être réformé davantage. Les Présidents russes continuent à détenir un pouvoir démesuré qui n'a pas de contrepoids dans le système constitutionnel russe, ce qui retarde les réformes démocratiques indispensables pour la société russe.

En Fédération de Russie, la puissance du Chef d'Etat n'est pleinement révélée que vers la fin des années 90: le «vice caché» de la Constitution de 1993, c'est la prééminence du pouvoir exécutif en général et du Président de la Fédération de Russie en particulier. En plaçant le Président de la Fédération de Russie en tant que garant de la Constitution, le texte constitutionnel lui confère *de facto* des pouvoirs qui font de lui un véritable Chef de l'exécutif. Dans ce cas, les auteurs de la Constitution créent une situation paradoxale. En tant que Chef de l'exécutif, le Président devrait assumer la responsabilité morale et politique de l'action de l'ensemble de l'administration publique, mais en réalité, en cas d'échec de l'exécutif, il est intouchable puisqu'il garantit la constitutionnalité et l'équilibre entre les différentes institutions.

Cette réalité a une influence fondamentale sur le développement du droit électoral russe. Depuis 1996¹, l'exécutif exerce une pression croissante sur le système électoral ainsi que sur les droits individuels tels que le droit des citoyens de choisir librement leurs représentants, la liberté de réunion et d'association (y compris le droit de créer des partis politiques) et autres droits constitutionnels. Comme conséquence de cette prééminence de l'administration, les élections à tous les niveaux sont gérées en conformité avec la « raison d'Etat ».

L'étude de l'évolution du système électoral de la Fédération de Russie depuis l'adoption de la Constitution russe en 1993 doit commencer par une analyse de la séparation des pouvoirs en Russie. La première partie

¹ L'élection présidentielle remportée par M. B. Eltsine.

de cette réflexion se concentrera sur les carences constitutionnelles en matière de pouvoirs octroyés au Président de la Russie. Il existe une contradiction entre son rôle de «garant» de la Constitution et sa capacité réelle à définir la politique internationale et interne qui fait de lui un véritable chef du pouvoir exécutif. Ensuite, il sera démontré que ces pouvoirs excessifs permettent au président de contrôler efficacement l'appareil administratif de l'Etat, ce qui à son tour lui permet d'obtenir une position prédominante face aux législateurs.

La deuxième partie sera consacrée à l'évolution du système électoral proprement dit. Les réformes successives de la législation en matière électorale ne font qu'adapter les législatures des différents niveaux aux besoins du pouvoir exécutif. Les élections successives se caractérisent par la diminution du nombre des partis politiques «admis» au sein de l'Assemblée fédérale et les législatures des sujets de la fédération. L'administration publique compose le corps législatif de sorte à assurer la pérennité du système de la «verticale du pouvoir» qui échappe au contrôle des législateurs.

A. Le déséquilibre de la séparation des pouvoirs dans la Constitution de 1993

La Russie de 1993 voulait intégrer l'espace européen. Pour ce faire, elle s'est fixé comme objectif la modernisation de son ordre constitutionnel et l'intégration de l'expérience démocratique des autres pays. La séparation des pouvoirs, l'Etat de droit et la protection des droits et libertés fondamentales doivent s'insérer dans le système juridique du pays. Toutefois, la Russie a toujours peur de répéter le destin de l'URSS. Elle est toujours hantée par sa tradition politique autoritaire et par le mythe de son destin particulier et messianique. Pour remédier à ces peurs et aux frustrations de la période marquée par les problèmes économiques des années 90, les Russes continuent à croire qu'un pays de la taille de la Russie ne peut pas survivre s'il n'est pas gouverné par un exécutif fort. Cette erreur a de lourdes conséquences pour le respect des droits et libertés individuelles en général et le droit constitutionnel de tous les citoyens d'élire leurs représentants en particulier. Les

événements des années récentes amènent à doute que les priorités de démocratisation affichées avec autant d'insistance et même grande-éloquence en 93 soient toujours d'actualité pour les dirigeants de la Russie d'aujourd'hui.

La société civile placée sous contrôle de l'administration, les restrictions toujours plus draconiennes aux droits aussi importants que les libertés d'association, de réunion, de la presse, du procès équitable, ne sont que quelques éléments de recul de l'état de droit en Russie.

1. Le Président: arbitre entre le législateur et l'exécutif ? Question de contrepoids

Comme dans n'importe quelle constitution d'un Etat démocratique la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire est déclarée par l'article 10 de la Constitution de la Fédération de Russie². Toutefois, en pratique, le Chef de l'Exécutif dispose des pouvoirs constitutionnels qui lui permettent *de facto* d'imposer sa décision aux deux autres branches. Le Président et les structures du pouvoir public directement dépendantes de lui ont remplacé, en quelque sorte, le parti communiste de l'ancienne URSS aussi bien sur le plan de l'étendue de leurs pouvoirs formels (d'après la lettre même de la Constitution) ainsi que sur leur capacité d'intervention réelle dans la gestion du pays (les pouvoirs qui découlent de la norme écrite comme résultat de l'interprétation large).

Une série importante d'attributions présidentielles réside dans la fonction d'arbitrage en cas de conflit entre les différentes institutions de l'Etat. Ces pouvoirs mettent davantage en relief sa fonction de garant de la Constitution. L'article 85 traite des litiges pouvant surgir entre les organes du pouvoir d'Etat et les composantes de la Fédération russe. Le Président doit s'efforcer de chercher un accord entre les parties intéressées, ou, faute d'un tel accord, de soumettre le litige à l'examen de la Cour constitutionnelle, ce qui le place en situation d'arbitre politique ne pouvant empiéter sur le domaine judiciaire. Un critère analogue est applicable lorsque les actes des organes publics des

² Le texte de la Constitution de la Fédération de Russie (traduction officielle) www.constitution.ru/fr/.

Sujets de la Fédération de Russie contreviennent à la Constitution, aux lois fédérales ou aux obligations internationales de la Fédération; ou encore, lorsqu'ils violent les droits et libertés de l'homme. Ce sont des formules nouvelles dans l'ordre constitutionnel russe. Elles sont pertinentes dans la mesure où elles apportent une réponse concrète et conforme à la séparation des pouvoirs instituée par l'article 10 de la Constitution.

La réalité est tout autre. En plaçant le Président de la Fédération de Russie en tant que garant de la Constitution, le texte constitutionnel lui octroie des pouvoirs qui font de lui un véritable Chef de l'exécutif. Les auteurs de la Constitution créent ainsi une contradiction au niveau de la norme constitutionnelle. En tant que pouvoir qui nomme les hauts dignitaires de l'exécutif, le Président devrait assumer la responsabilité morale et politique de l'action de l'ensemble de l'administration publique russe, mais en réalité, en cas d'échec de la politique de la branche exécutive, il n'est pas responsable puisqu'il garantit la constitutionnalité et les institutions. En cas de problème majeur, il peut éventuellement faire démissionner le Gouvernement. Par contre, la procédure de révocation des pouvoirs du Président par le Parlement est tellement complexe que cette action est presque impossible.

L'article 93 alinéa 1 de la Constitution prévoit que *«le Président de la Fédération de Russie ne peut être destitué par le Conseil de la Fédération que sur la base de l'accusation, présentée par la Douma d'Etat, de haute trahison ou d'une autre infraction grave, confirmée par l'avis de la Cour suprême sur l'existence dans les actes du Président des critères de l'infraction et de l'avis de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie sur le respect de la procédure fixée pour la mise en accusation.»*

La composition du Conseil de la Fédération telle qu'elle apparaît dans le texte constitutionnel de 1993, permet au Président, au début des réformes, d'avoir indirectement l'influence sur cette Chambre. Le mécanisme de désignation des membres de cette chambre jouera un rôle important dans la lutte contre les forces centrifuges au sein de la Fédération de Russie. La composition du Conseil de la Fédération varie en nombre. Il est composé de deux représentants par Sujet: un représentant de l'organe législatif et une personne nommée par l'exécutif de la république ou région concernée (l'assemblée régionale

pouvant s'opposer à la nomination par un vote à la majorité des 2/3)³. La conséquence directe de cette situation – la moitié du Conseil de la Fédération est indirectement dépendante du Président⁴.

En ce qui concerne la chambre basse – la Douma – un des principaux points de sa faiblesse par rapport au pouvoir exécutif, est son rôle très limité dans le processus de nomination du gouvernement. D'après l'article 103 elle ne donne que son accord sur la nomination du Chef du gouvernement et ne participe pas à la nomination des autres membres du gouvernement. C'est le Président qui nomme les ministres (article 83 alinéa «e»). Si la Douma refuse le candidat au poste de Premier Ministre, elle est dissoute par le Président en vertu de l'article 111. La Douma peut aussi être dissoute si elle vote une motion de censure contre le Gouvernement (article 117). Si, dans ce dernier cas, il y a une condition limitant le pouvoir du Président de dissoudre la chambre basse – elle ne peut pas être dissoute pendant un an après son élection, dans le cas de nomination du chef du gouvernement, le Président peut dissoudre la Douma sans limitation quelconque. Ainsi, il a un pouvoir considérable (en tant que chef de l'exécutif) pour gouverner le pays sans le législateur ou obliger ce dernier d'accepter un candidat si celui-ci plaît au Chef de l'Etat. Le pouvoir de la Douma d'initier une procédure de destitution du Président n'est qu'éphémère, ce qui a été clairement démontré dans les années 90 quand la Douma, dominée pourtant par l'opposition de l'époque (principalement le parti communiste), n'a pas réussi à rassembler le quorum nécessaire pour lancer la procédure⁵. Toutefois, ce risque n'existe plus depuis que la Douma est contrôlée par le parti de la «*Russie unifiée*»⁶ qui «remporte» sans peine les élections législatives depuis bien des années.

³ Loi fédérale «*sur la composition du Conseil de la Fédération*» adoptée en 2000 (rédaction de 2011). Voir le texte sur le site officiel du Conseil de la Fédération sur: http://www.council.gov.ru/about/status_proxy/2000_113fz/.

⁴ Comme résultat de la réforme de la procédure de nomination des gouverneurs en 2005 (ils sont nommés directement par le Président), cette dépendance est directe. En 2011, le Président Medvedev prend la décision de revenir en arrière et propose un projet de loi qui ré-établit leur élection directe.

⁵ Voir Compte rendu de la session de la Douma le 18.05.99 (en russe), «*Zavtra*» N°20. Репортаж из Государственной думы // *Завтра*, № 20 (285) 18.05.99.

⁶ En décembre 2011, lors des élections législatives, ce parti a obtenu plus de 49 % ce qui lui donne la majorité des sièges à la Douma.

Dans le cas du pouvoir judiciaire, l'article 83, alinéa «e», confère au Président le droit de proposer au Parlement des candidats au poste de Président de la Cour constitutionnelle, de la Cour suprême, et de Procureur général. Tous les autres juges des tribunaux de rang inférieur sont nommés par le Président.

La conclusion que l'on peut tirer des exemples cités est la suivante: l'exécutif et le Président de la Fédération de Russie, gardent des moyens efficaces, presque illimités, de faire pression sur les autres branches du pouvoir. Dans le cadre de ses rapports avec le législateur, la composition du Conseil de la Fédération et les attributions assez réduites de la Douma, notamment en ce qui concerne le choix du gouvernement, les complexités de la procédure de destitution du Chef de l'Etat, permettent au Président d'imposer sa volonté à l'Assemblée fédérale (le Parlement russe composé de deux chambres). L'expérience de l'Assemblée fédérale depuis 1993 démontre que même si les partis qui ne soutiennent pas le Chef de l'Etat avaient la majorité dans la chambre basse, ils n'ont pas d'instruments adéquats pour défier le Président de la Russie. Une situation de cohabitation, comme par exemple en France, ne semble pas possible en Russie car l'exécutif dans n'importe quelle configuration au sein des Chambres, *de facto* dépend toujours du Président et de son entourage immédiat.

Cette réflexion peut être développée en suggérant que le texte même de la Constitution de 1993 prévoit que le Président est à la fois juge et partie; donc, il ne peut pas perdre face à un autre pouvoir même s'il agit en l'absence totale de légalité. Cette formule a joué plusieurs mauvais tours au pays en pleine crise et a résulté, d'une façon directe et indirecte, en des violations considérables des droits de l'homme, et en dépit de la législation correspondante qui insistent sur le fait que les décrets (oukases) et les ordres du Président ne doivent pas contredire la Constitution. En pratique, il existe très peu de moyens pour contrôler efficacement ses actes normatifs, surtout quand il s'agit des décisions politiques «prioritaires». L'évolution du système électoral et surtout sa mise en œuvre depuis vingt ans ne fait que renforcer cette tendance car même le parlement (surtout les deux dernières législatures) ne fait que voter les lois élaborées au Kremlin.

2. L'appareil de l'Etat et les réformes – évolution vers la « verticale du pouvoir »

Au moment du choix du système démocratique, il est évident que dans le cas d'un pays très centralisé comme l'URSS et ses républiques, les réformateurs doivent s'appuyer sur un vaste appareil d'Etat déjà existant. Le gouvernement fédéral doit gagner à sa cause les fonctionnaires de l'administration publique. En cas de conflit entre l'exécutif et le législateur, le choix du camp par l'administration publique revêt une importance capitale.

Le putsch manqué contre Mikhaïl Gorbatchev en 1991 donne au Président russe de l'époque une chance unique de se rallier la plus grande partie de l'appareil administratif de l'Etat. Malgré son action contre le Parti Communiste de l'URSS qui incarnait à la perfection la puissance de l'appareil exécutif de l'Etat en 1991, Boris Eltsine parvient à garder la « *nomenklatura* » de son côté. Il a un soutien de la population inégalé et il prône les réformes économiques libérales qui promettent aux bureaucrates un accès direct aux privatisations des biens de l'Etat. Mais, surtout, il est issu de cette même « *nomenklatura* » tout comme une grande partie de son entourage.

En 1991 le législatif ne disposait pas d'une structure comparable à l'administration publique contrôlée par l'exécutif et n'avait pas la confiance de la société russe (les problèmes économiques sont traditionnellement attribués par les russes à l'inefficacité du législateur). Eltsine s'est servi de cette réputation du pouvoir législatif en Russie en affirmant, lors d'une de ses allocutions en décembre 1992, que « *la législature de l'époque devenait une force réactionnaire* »⁷.

En employant habilement cette rhétorique, le pouvoir exécutif quant à lui a pu gagner à sa cause une grande partie de l'appareil administratif. Comme l'indique M. Mendras dans « *Le triomphe des bureaucrates* » : « *[...] les élites dirigeantes – administratives et économiques, locales et nationales – ont étonnamment bien résisté... Les hommes ont parfois changé de fonction... Peu d'institutions ont été démantelées, à la grande*

⁷ Voir aussi le Décret N° 1400 du Président de la Russie sur la dissolution du Soviet suprême. Source: le site officiel du Président de la Fédération de Russie. <http://graph.document.kremlin.ru/page.aspx?1;1209725>.

exception bien sûr des organes dirigeants du parti communiste. Tout au long des années 1990, la faiblesse de l'Etat central et du pouvoir politique eltsinien n'a pas mis en danger les administrations, mais leur a permis au contraire de se consolider tout en s'adaptant à l'économie de marché»⁸. Cette administration étatique, par habitude d'obéir ou par intérêt bien calculé, se range, dans la grande majorité du côté du Chef d'Etat, car cela fait partie de la nature même de l'administration publique russe, centralisée et fortement hiérarchique. Cette même logique continue à être un des piliers du fonctionnement du pays à ce jour.

Cette même «*nomenklatura*» permettra au nouveau Président de la Fédération de Russie de créer et de mettre en œuvre avec succès sa «*verticale du pouvoir*»⁹. La situation politique et économique change à la fin des années 90 et les administrations publiques au niveau des Sujets considèrent cette nouvelle «*réintégration*» au sein de l'appareil de l'Etat de plus en plus centralisé (malgré le caractère fédéral de l'Etat établi par la Constitution de 1993) comme un avantage et recherchent des liens plus étroits avec les autorités fédérales.

En Russie dans les années 2000, l'administration publique compte plus d'effectifs que l'ancienne administration soviétique¹⁰. Cette tendance s'est renforcée au cours des dernières années par exemple, la croissance d'effectifs au sein de l'administration publique s'est accélérée depuis le début de la réforme de la «*verticale du pouvoir*». En 2010, ils étaient 1,4 fois plus nombreux qu'en 2000 atteignant 1,65 millions, ce qui représentait 25 fonctionnaires pour 1000 citoyens en âge de travailler¹¹.

⁸ Voir «*Comment fonctionne la Russie? Le politique, le bureaucrate et l'oligarque*», collection CERI/AUTREMENT, Editions autrement, 2003. M. Mendras «Le triomphe des bureaucrates», Page 11.

⁹ Voir, entre autres En Russie, M. Poutine installe son «pouvoir vertical» avec les militaires et les services de sécurité, Le Monde, 24.11.2003, http://www.lemonde.fr/europe/article/2003/11/24/en-russie-m-poutine-installe-son-pouvoir-vertical-avec-les-militaires-et-les-services-de-securite_343229_3214.html#vq8CZXg5XtoR4fbw.99.

¹⁰ Voir, entre autres, Igor Kliamkine. Bureaucrates et hommes d'affaires dans *Comment fonctionne la Russie ? La politique, le bureaucrate et l'oligarque*. Sous la direction de Marie Mendras. Collection CERI/Autrement, Editions autrement, 2003, Pages 40 - 44.

¹¹ Vedomosti, «*les bureaucrates constituent un obstacle au développement de l'économie russe*», E. Pismennaya, 21, 12.2011, www.vedomosti.ru.

Pour préserver les intérêts de la nouvelle «*nomenklatura*», les présidents successifs de la Russie ont tout fait pour soumettre à leur contrôle le seul pouvoir qui était capable de leur faire face – les assemblées législatives à tous les niveaux. Après 1996, les élections russes ont progressivement perdu le peu de caractère démocratique qu'elles avaient pour devenir une «sélection des agents publics» chargés de valider les lois proposées par le Président et son entourage. Tous les partis d'opposition sont exclus du partage des mandats, qui ne sont désormais distribués qu'entre le «parti du pouvoir» et «l'opposition constructive» (en réalité des partis créés par l'exécutif ou tombés sous son influence comme ce fut le cas du Parti communiste).

B. L'évolution du système électoral russe après l'adoption de la Constitution de 1993. Le cas des élections législatives

Dans la majeure partie des démocraties modernes le système électoral sert à donner une législature qui détermine, par le processus législatif, les modalités du fonctionnement du pouvoir exécutif, en adoptant des lois. Il semblerait qu'en Russie c'est l'inverse. Le pouvoir exécutif modèle le système électoral de sorte à s'assurer une législature qui se chargera de la mise en œuvre de ces propres projets. Dans de telles conditions le modèle soviétique est reproduit avec quelques modifications et ajustements. Au fil des années, la place des forces qui ont une vision différente de celle de «l'équipe au pouvoir» se réduit comme peau de chagrin.

Cette tendance est évidente si on prend en considération les statistiques sur le nombre des partis politiques qui participent aux élections et surtout ceux qui arrivent à passer le seuil de 7% et à obtenir des sièges au parlement fédéral (la Douma et le Conseil de la Fédération) et aux assemblées législatives des sujets de la Fédération de Russie.

La Constitution russe de 1993 établit dans son article 3, alinéa 3 que «*Le référendum et les élections libres sont l'expression directe suprême du pouvoir du peuple*» et l'article 13 affirme que «*Le pluralisme politique et le multipartisme sont reconnus dans la Fédération de Russie*». Or,

les élections de dix dernières années laissent un doute quant à la mise en œuvre réelle de ces dispositions. Le système électoral au cours des réformes législatives successives a pour objet de préserver et renforcer la configuration politique favorable aux partis proches de l'exécutif. Pour minimiser le risque de mobilisation des forces d'opposition, le système des partis politiques est fragilisé et dispersé à l'aide des restrictions concernant la « représentation régionale », le nombre minimal des membres et autres mesures législatives et administratives.

Les restrictions aux droits de liberté de réunion, le durcissement de la législation sur les organisations non-gouvernementales, l'abus des ressources administratives lors des campagnes électorales ne font que remettre en question l'existence même des opinions dissidentes dans une société dominée par la « verticale du pouvoir ». Les élections des députés de la Douma d'Etat sont le meilleur exemple de la mainmise de l'exécutif sur le pouvoir législatif. Les élections présidentielles, régionales et locales ne représentent qu'un intérêt limité et ne feront pas l'objet de notre analyse.

1. Le peuple souverain et la recherche du système électoral «optimal» pour la Russie

Le 4 décembre 2011, les sept partis politiques enregistrés auprès du ministère de la Justice étaient en lice pour les élections à la Douma d'Etat. Quatre d'entre eux étaient déjà représentés à la Douma d'Etat sortante: le parti du pouvoir, Russie Unie (RU), le Parti communiste de la Fédération de Russie (PCFR), le Parti libéral démocrate de Russie (LDPR) et Russie Juste (RJ). Les trois autres partis concurrents étaient le Parti démocrate uni russe «Yabloko» (YA), le parti des «Patriotes de Russie» (PR) et «Cause Juste» (CJ). Les résultats de ces élections étaient prévisibles – seulement quatre partis sont entrés au parlement. C'était une reproduction presque exacte des résultats des élections lors du scrutin précédent de 2007. La composition «répétitive» de la Douma est possible grâce aux deux facteurs déterminants dans les élections en Russie: un système électoral favorisant les grandes formations qui arrivent à couvrir la totalité du territoire russe (dans le cadre d'un système électoral proportionnel avec une seule circonscription nationale) et l'utilisation massive des ressources administratives par le pouvoir exécutif dans les campagnes électorales. Par le moyen de

réformes électorales successives, un paysage politique qui permettait une représentation plus large du spectre des forces politiques russes et des candidats indépendants échappant au contrôle de l'exécutif s'est transformé au fil des années en un espace parfaitement contrôlé par la «verticale du pouvoir».

Il faut se rappeler que les élections parlementaires de 1993 (organisées sur la base d'un système électoral mixte) ont donné, malgré quelques problèmes d'ordre technique liés à la situation économique du pays et à un manque d'expérience dans le domaine électoral, un résultat très positif. Le Président Eltsine qui venait de se débarrasser d'une façon brutale du Soviet suprême¹² qu'il n'arrivait pas à plier à sa volonté, a obtenu un parlement qui n'hésitait pas à lui faire face. La dérive autoritaire de l'automne 93 a été stoppée. A la différence du Soviet suprême, la nouvelle Douma avait autant de légitimité que le président car elle était élue lors d'un scrutin démocratique. Les résultats des élections de décembre 1993 ont été reconnus par la majorité des forces politiques russes. Les observateurs internationaux ont qualifié ces élections comme démocratiques. Le rapport annuel de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe de 1994 a indiqué sur les élections en Russie de 1993: «*Bien que les observateurs aient constaté des difficultés d'ordre administratif, des irrégularités de type technique dans les bureaux de vote et un manque de directives claires pour la campagne, leur impression générale est que le scrutin a été régulier et qu'il a permis aux électeurs russes d'exprimer librement leurs préférences politiques.*»¹³

Le vote de 1993 a donné aux citoyens russes un parlement composé d'un nombre assez important des partis et groupes, ce qui confirmait la tendance d'une démocratisation de la société malgré les événements tragiques qui avaient secoué le pays en octobre 1993. Les sièges au sein de la Douma furent répartis entre une bonne dizaine des partis politiques, mais uniquement 8 partis ont obtenu des sièges sur la base du système proportionnel. Les autres partis ont gagné des sièges dans les circonscriptions uninominales ce qui ne fait que confirmer le caractère très représentatif de ce premier parlement.

¹² Le Soviet suprême de la Fédération de Russie – une structure héritée de l'ancienne République soviétique fédérative socialiste de la Russie (RSFSR) au sein de l'URSS.

¹³ Voir le document sur www.osce.org/fr/secretariat/14570.

La Douma d'Etat suite aux élections législatives du 1993¹⁴

Partis	Listes			Circonscriptions			Total sièges
	Votes	%	Sièges	Votes	%	Sièges	
Parti Démocrate Liberal	12,318,562	22.9	59	1,577,400	3.0	11	70
Choix de la Russie	8,339,345	15.5	40	3,630,799	6.8	56	96
Parti Communiste	6,666,402	12.4	32	1,848,888	3.5	33	65
Les Femmes de la Russie	4,369,918	8.1	21	309,378	0.6	4	25
Parti agraire	4,292,518	8.0	21	2,877,610	5.4	26	47
Yabloko	4,223,219	7.9	20	1,849,120	3.5	13	33
Parti de l'Unité de l'Entente	3,620,035	6.7	18	1,443,454	2.7	9	27
Parti démocrate	2,969,533	5.5	14	1,094,066	2.1	7	21
Mouvement pour les réformes démocratiques	2,191,505	4.1	0	1,083,063	2.0	8	8
Union civique	1,038,193	1.9	0	1,526,115	2.9	18	18
L'avenir de la Russie— les noms nouveaux	672,283	1.3	0	411,426	0.8	1	1
Cedar	406,789	0.8	0	301,266	0.6	0	0
Dignité et Charité	375,431	0.7	0	445,168	0.8	3	3
Autres partis	—	—	—	377,863	0.7	0	0
Indépendants	—	—	—	25,961,405	48.7	30	30
Contre tous	2,267,963	4.2	—	8,509,300	16.0	—	—
Votes invalidés	—	—	—	4,248,927	—	—	—
Sièges vacants ^[a]	—	—	—	—	—	6	6
Total	53,751,696	100	225	57,495,248	100	225	450
Electeurs enregistrés/ participation	106,170,835	—	—	106,170,835	54.2	—	—

¹⁴ Source: Nohlen et Stöver, L'Union interparlementaire (IPU).

Lors des élections de 1995 seulement quatre partis sur quarante-six ont obtenu des sièges sur la base du système proportionnel. Pour la première fois dans l'histoire de la Russie post-soviétique un parti politique, «Notre maison la Russie», a été qualifié par plusieurs analystes de «le parti du pouvoir» et même s'il n'a pas réussi à obtenir une majorité absolue au sein de la législature, il s'est placé en deuxième position avec 55 sièges au parlement, derrière le parti communiste qui a obtenu 157 sièges sur 450¹⁵. La notion abstraite du «parti au pouvoir» allait prendre un sens politique très concret au cours des élections postérieures en définissant très vite la force qui non seulement était proche des présidents russes mais aussi représentait les intérêts de l'administration publique. Il faut se rappeler qu'en 1995 le leader de «Notre maison la Russie» était le Premier ministre en exercice, M. V. Tchernomyrdine.

Toutefois, le système électoral mixte ne permettait pas encore à la «nouvelle nomenklatura» russe d'assurer la victoire à ce premier parti du pouvoir. La composante majoritaire et la législation sur les partis politiques donnait toujours accès aux sièges parlementaires à une multitude de forces politiques. Les élections parlementaires de 1999 furent un échec pour «Notre maison la Russie». Elle n'a obtenu que 7 sièges à la nouvelle Douma, largement dépassée encore une fois par les communistes (113 sièges) et les candidats indépendants (105 sièges). Ce résultat démontre également que l'administration publique ne pouvait pas encore employer toutes les ressources administratives pour assurer une victoire à une force politique quelconque. En effet, le communiqué de presse de la délégation d'observation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a constaté que:

«Les élections à la Douma d'Etat marquent un progrès significatif dans la consolidation de la démocratie dans la Fédération de Russie. Ces élections, qui sont les troisièmes depuis la fin du régime à parti unique, se sont tenues en vertu d'une loi électorale amendée qui a été améliorée à l'occasion de chaque élection.»

¹⁵ Source: The official Central Electoral Commission protocol, December 29, 1996, including corrections by the Central electoral Commission Resolutions, January 4, 1996 and February 19, 1996, in Vladimir Gelman and Grigorii V. Golosov (eds.) 1999. Elections in Russia, 1993-1996: Analyses, Documents and Data. Berlin: Sigma.

La loi est conforme aux principes démocratiques internationalement reconnus. La loi fournit aux partis et blocs un cadre leur permettant d'apparaître dans l'arène politique sur une base égalitaire, elle garantit également un terrain d'action équitable à tous les candidats. En effet, ces élections ont permis la compétition et le pluralisme. De plus, la loi permet un niveau de transparence bien supérieur dans toutes les phases du processus électoral. La Commission électorale centrale s'est efforcée de mettre pleinement en œuvre la législation électorale »¹⁶.

Les autres organisations internationales, notamment l'OSCE, elles aussi ont donné une évaluation assez positive aux élections législatives de 1999¹⁷.

La distribution des sièges à la Douma après les élections de 1999¹⁸
Résultats de gauche à droite:

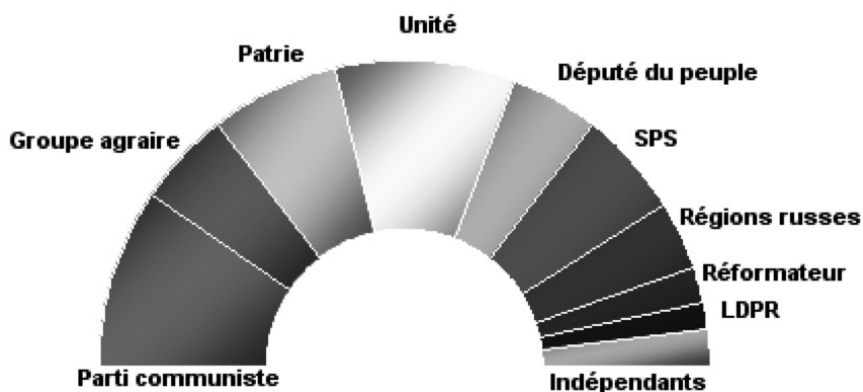
- Parti communiste russe: 83 sièges
- Groupe agraire (paysannerie): 43 sièges
- Patrie (*Otchestvo*): 61 sièges
- Unité (*Edinstvo*): 81 sièges
- Député du peuple (centriste) : 43 sièges
- Régions russes: 47 sièges
- Union des forces de droite (*SPS*): 31 sièges
- Réformateur (*Yabloko*): 17 sièges
- Parti libéral-démocrate de Russie (LDPR): 14 sièges
- Indépendants: 16 sièges

¹⁶ Communiqué de presse de l'APCE, 19 décembre 1999. Voir le rapport de la Commission ad hoc pour l'observation des élections législatives en Russie (19 décembre 1999) de 24 janvier 2000, Doc. 8623.

¹⁷ Voir Russian Federation - Election of Deputies to the State Duma, 19 December 1999, OSCE/ODIHR Final Report. <http://www.osce.org/odihr/elections/russia/16293>.

¹⁸ Source: Commission électorale centrale de la Fédération de Russie: http://cikrf.ru/banners/vib_arhiv/gosduma/1999/index.html.

La séparation des pouvoirs et le droit électoral en Russie



L'échec de la première tentative de créer un parti du pouvoir n'a nullement découragé l'exécutif russe. Pour les élections législatives de 2003 un nouveau parti a été créé en tant que force politique appelée à assurer «le concert des pouvoirs» en Russie – «la Russie unie». Le parti est fondé en avril 2001 comme le rassemblement du parti «Patrie» (Отечество) du maire de Moscou Iouri Loujkov et du président du gouvernement Evgueni Primakov, du parti «Toute Russie» (Вся Россия) de Mintimer Chaïmiev et du parti «Unité» (ЕДИНСТВО) de Sergueï Choïgou. La participation dans le lancement du nouveau parti d'un grand nombre des chefs d'exécutif au niveau des sujets de la Fédération a assuré le soutien de la nouvelle formation aux niveaux régional et local (très souvent par une implication directe de l'administration publique dans le soutien politique et logistique)¹⁹.

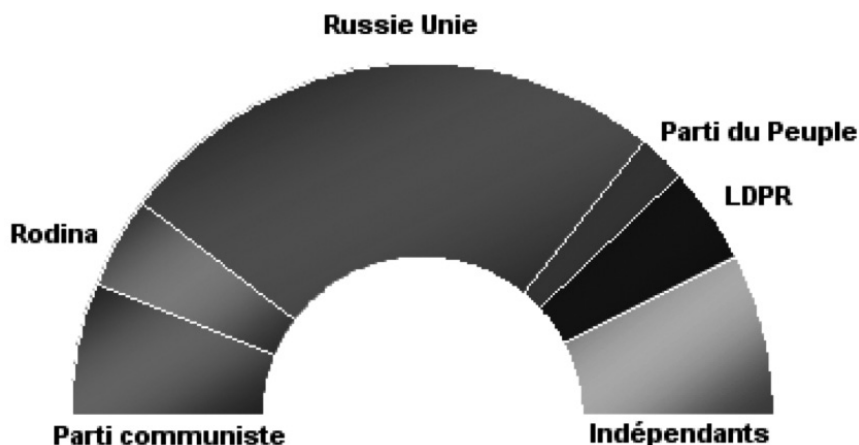
Il n'est pas étonnant que lors des élections législatives de 2003, «Russie unie» ait rassemblé 37 % des suffrages exprimés. Elle a obtenu 315 sièges sur 450 de la chambre basse (la Douma d'État), et elle a également obtenu le contrôle des 88 sur 178 sièges du Conseil de la Fédération. A partir de 2003, le parti «Russie unie» détient à lui seul la majorité constitutionnelle à la Douma. Cela lui permettrait de modifier la Constitution sans tenir compte de l'avis des autres partis représentés.

¹⁹ Dans sa déclaration préliminaire le lendemain du vote la Mission d'observateurs internationaux (Assemblée parlementaire de l'OSCE, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et l'OSCE/BIDDH) déplorait, entre autres l'abus des ressources administratifs en faveur de la «Russie unie». Voir « Preliminary statement of the International observation mission » sur: <http://www.osce.org/odihr/elections/russia/18284?download=true>.

La domination de la Russie unie a marqué aussi les élections législatives de 2013. Toutefois, une plus grande distribution des sièges entre les petits partis grâce aux résultats dans les circonscriptions uninominales n'a pas permis d'atteindre la majorité constitutionnelle.

La distribution des sièges à la Douma après les élections de 2003²⁰.

- Résultats de gauche à droite:
 - Taux de participation 54,7 %
 - Parti communiste russe: 51 sièges (-28) et 12,8 % des voix exprimées
 - Rodina : (nationalistes de gauche) : 37 sièges (+37) et 9,2 % des voix
 - Groupe agraire: 3 sièges (-40) et 3,7 % des voix
 - Russie unie: 221 sièges et 38 % des voix
 - Parti du peuple : 16 sièges et 1,2 % des voix
 - Parti libéral-démocrate de Russie: (présidé par Vladimir Jirinovski): 37 sièges (+23) et 11,7 % des voix
 - Indépendants: 67 sièges (+41) et 3,84 % des voix
 - Divers: 18 sièges et 14,4 % des voix



Depuis sa création la «Russie unie» soutient la politique du président Vladimir Poutine et a soutenu sa candidature lors de l'élection présidentielle de 2004.

²⁰ Source: <http://gd2003.cikrf.ru/>.

2. Le système électoral en tant qu'instrument entre les mains du parti du pouvoir

A partir de cette victoire de la «Russie unie» aux élections législatives, elle a utilisé sa prééminence au parlement pour soutenir l'exécutif russe en adoptant les projets des lois proposés par celui-ci. La réforme de la législation électorale a fait partie des premières modifications assurant la protection des intérêts de la «verticale du pouvoir» et les partisans de la Russie unie.

D'après la nouvelle loi électorale adoptée en 2005, 450 députés seraient élus au scrutin proportionnel de liste dans l'ensemble du pays considéré comme une seule circonscription nationale, sur la base du quotient simple et des plus forts restes, pour la répartition des sièges restants. Le seuil requis pour être représenté au Parlement a été fixé à 7 % de l'ensemble des suffrages. A titre exceptionnel, les partis ayant recueilli entre 5 et 6 % des suffrages ont reçu le droit à un siège et ceux qui ont obtenu entre 6 et 7 %, à deux sièges. Néanmoins, les candidats élus grâce à ces mesures exceptionnelles ne sont pas autorisés à intégrer un groupe parlementaire. Les coalitions électorales ne sont pas autorisées non plus. Les membres du Conseil de la Fédération sont élus par les parlements régionaux.

La loi définit les conditions de présentation des candidatures comme suit:

- Les candidatures doivent être présentées au plus tard 45 jours avant le scrutin par des partis politiques enregistrés (chaque liste peut comporter jusqu'à 50 % de candidats qui ne sont pas membres du parti concerné).
- Les partis représentés dans la législature sortante ou dans les parlements régionaux d'au moins un tiers des régions de la Fédération peuvent présenter des candidats sans avoir besoin, au préalable, de recueillir des signatures.
- Les partis qui n'étaient pas représentés dans la législature sortante doivent recueillir 150 000 signatures des électeurs.

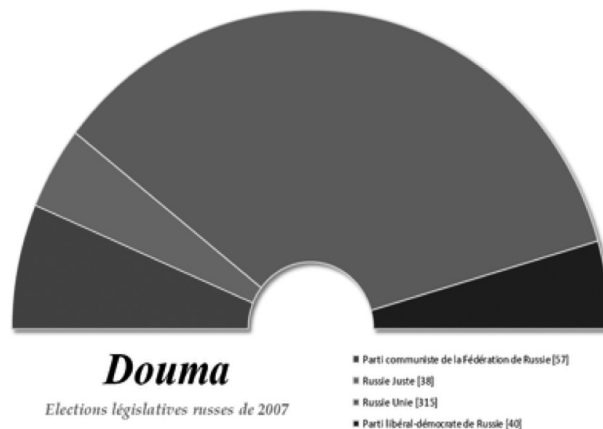
La nouvelle loi a été vivement critiquée après son adoption car elle défavorisait les petits partis ainsi que les candidats indépendants. Elle assurait aussi le contrôle du processus électoral par la Russie unie

par le biais de ses «réseaux» dans les administrations publiques au niveau des sujets de la Fédération. Le gouvernement central s'est fixé comme objectif la réduction du nombre des partis politiques par les modifications concernant l'enregistrement des partis. La discussion sur le «nombre optimal» des partis politiques au parlement a été habilement lancée et alimenté par le Kremlin²¹.

Certains experts ont souligné que cette politique ainsi que les autres modifications dans la législation, comme l'abolition des élections des gouverneurs (qui seraient nommés par le Président) limiteraient davantage la concurrence politique en Russie²². Malheureusement, ces pronostiques se sont confirmés pour les élections en 2007 et 2011²³.

La distribution des sièges à la Douma après les élections de 2007²⁴:

- Russie Unie: 64,30 % (315 sièges)
- Parti communiste russe (KPRF): 11,57 % (57 sièges)
- Parti libéral-démocrate de Russie (LDPR): 8,14 % (40 sièges)
- Parti Russie juste (PS - nouveau parti de gauche proche du Kremlin): 7,74 % (38 sièges)



²¹ De nombreux "études" insistait que 4-5 partis étaient suffisants pour assurer une "législature efficace".

²² Voir, entre autres, Ex-Election Chief Slams Putin's Vote Reforms, by Christian Lowe, The Moscow Times, Jul. 20 2005. <http://www.themoscowtimes.com/sitemap/free/2005/7/article/ex-election-chief-slams-putins-vote-reforms/211165.html>.

²³ Pour les statistiques comparant les élections de 2007 et 2011 voir aussi RIA Novosti, 06.12.2011.

²⁴ Source: Commission électorale centrale de la Fédération de la Russie. http://www.vyborny.izbirkom.ru/region/region/izbirkom?action=show&root=1&tvd=100100021960186&vrn=100100021960181®ion=0&global=1&sub_region=0&prver=0&pronetvd=null&vibid=100100021960186&type=242.

La distribution des sièges à la Douma après les élections de 2011²⁵

- ◊ Russie unie: et 49,32 % (238 sièges)
- ◊ Parti communiste (KPRF): 19,19 % des voix (92 sièges),
- ◊ Parti Russie juste (SR) 13,24 % (64 sièges),
- ◊ Parti libéral-démocrate de Russie (LDPR) 11,67 % (56 sièges)

Aujourd'hui, plusieurs textes législatifs évoquent le cadre juridique électoral comme indiqué à l'article 2 de la loi sur les élections à la Douma d'Etat: il s'agit tout d'abord de la Constitution, de la loi sur les élections à la Douma d'Etat et de la loi fédérale sur les garanties fondamentales des droits électoraux. Cela étant, d'autres règles relatives aux élections figurent dans les textes suivants: loi sur les partis politiques, loi sur le «*système automatisé de vote en Fédération de Russie "Vibory"*», loi sur les «*garanties de couverture égale des partis par les chaînes de radiodiffusion publiques*», «*loi sur les médias*», Code des infractions administratives et «*loi sur les rassemblements, les réunions, les manifestations, les défilés et les manifestations fixes*».

Comme l'a indiqué la Commission de Venise dans son avis sur la loi électorale russe adopté en 2012²⁶, le cadre législatif existant était trop complexe, redondant et il pourrait donner lieu à des interprétations diverses. Il risquait aussi d'être appliqué de manière incohérente, comme ce fut le cas lors des élections de 2011²⁷. Au paragraphe 23 de son rapport du 4 décembre 2011 sur les élections à la Douma, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a indiqué en particulier que «*certaines dispositions juridiques donnaient lieu à confusion et étaient appliquées de manière incohérente. Ce manque de clarté du cadre juridique a permis sa mise en œuvre en faveur d'un parti au détriment de tous les autres.*»²⁸ »

²⁵ Source: Commission électorale centrale de la Fédération de la Russie. http://www.cikrf.ru/banners/duma_2011/itogi/result.html.

²⁶ Voir le doc. CDL-AD(2012)002 sur le site de la Commission de Venise: www.venice.coe.int.

²⁷ OSCE/BIDDH, Rapport final d'observation des élections législatives du 2011, page 5.

²⁸ Observation des élections législatives dans la Fédération de Russie (4 décembre 2011), Rapport, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Rapporteur: M. Tiny KOX, Pays-Bas, Groupe pour la gauche unitaire européenne, Doc. 12833, 23 janvier 2012, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=12924&lang=fr>.

Cette complexité est contraire à l'obligation établie dans le Code de bonne conduite en matière électorale selon laquelle la procédure de vote doit être aussi simple que possible pour préserver la liberté de vote et d'être élus des citoyens²⁹.

L'autre problème qui a hanté les élections de 2003, 2007 et 2011 était l'abus des ressources administratives par le «parti du pouvoir». Le rapport de la délégation de l'Assemblée parlementaire sur l'observation des élections de 2011 a clairement indiqué l'ampleur du problème: «Au cours de la campagne, la distinction entre l'Etat et le parti au pouvoir a souvent été estompée, les responsables en poste tirant profit de leur fonction»³⁰.

L'affaiblissement progressif du système des partis politiques en Russie représente un défi pour la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles sur la participation des citoyens à la vie publique. Beaucoup d'analystes sont d'accord que le système des partis politiques russe s'est transformé d'un multipartisme enraciné en mouvement populaire démocratique des années 90 en multipartisme «octroyé par le pouvoir»³¹.

En ce qui concerne la participation aux élections législatives, le principal texte de loi applicable est la loi sur les partis politiques plutôt que la loi sur les élections à la Douma³². Toutefois, les dispositions de ce chapitre définissent bien certaines des conditions auxquelles un parti politique peut participer aux élections à la Douma. L'article 35 de cette loi, qui détaille les conditions à réunir pour désigner des représentants autorisés des partis politiques, prévoit que cette désignation est soumise à l'enregistrement de la Commission électorale centrale (par. 7).

²⁹ Voir le Code de bonne conduite en matière électorale. Commission de Venise (CDL-AD(2002)023rev), I.3.2.i. et paragraphe 31.

³⁰ Observation des élections législatives dans la Fédération de Russie (4 décembre 2011), Rapport, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Rapporteur: M. Tiny KOX, Pays-Bas, Groupe pour la gauche unitaire européenne, Doc. 12833, 23 janvier 2012, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=12924&lang=fr>. Voir page 11, par. 83.

³¹ Voir « Multi-political party system of 90s: the parliament, the constitutional court », Mr Sergei Shakhrai dans le recueil des rapports de la Conférence sur les partis politiques dans une société démocratique: les bases légales pour l'organisation et activités. Saint-Pétersbourg, 27 – 28 septembre 2012. www.venise.coe.int.

³² Loi sur les élections à la Douma, article 33. www.garant.ru.

Dans son rapport sur les élections de 2011, l'APCE a relevé que *«les représentants de tous les partis politiques avaient indiqué à la commission ad hoc que les règles d'enregistrement des nouveaux partis limitaient le droit des citoyens de créer des associations, droit pourtant protégé par la Constitution et les articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, et qu'il convenait de ce fait de les modifier»*. Cette observation confirmée par de nombreuses sources de la société civile russe et les partis de l'opposition était partagée par les observateurs de l'OSCE/BIDDH, qui étaient présents pendant tous les scrutins, sauf celui de 2007-2008³³.

Les points les plus critiques portent sur l'enregistrement des partis politiques et les conditions à observer pour participer à une élection et désigner des candidats. Depuis les élections à la *Douma* de 2007, seul un nouveau parti politique a été enregistré entre 2007 et 2011, le parti de la Juste cause, qui a donc pu participer aux élections. En revanche, d'autres partis, comme le Parti de la liberté du peuple (PARNAS), créé en 2007 après la dissolution du Parti républicain, n'ont pas pu se faire enregistrer. Après la modification apportée à la Loi sur les partis politiques en 2006, le nombre de signatures de membres requis était de 50 000, puis de 45.000 après une nouvelle modification et il est de 40 000 depuis le 1er janvier 2012 (c'est-à-dire après les élections législatives de décembre 2011). Pour justifier le refus d'enregistrement opposé au PARNAS, le Ministre de la justice a notamment évoqué *«des violations de règles procédurales, en particulier l'inscription de mineurs et de citoyens décédés sur les listes, ainsi que le silence de la Charte du parti sur la rotation de ses dirigeants»* (Rapport d'évaluation de 2011 de l'OSCE/BIDDH³⁴ sur la période pré-électorale, élections à la *Douma*)³⁵.

Les élections de 2011 ont provoqué une réaction plus active de la part des électeurs russes qui estimaient que le processus électoral

³³ Voir OSCE/BIDDH. Russian Federation. 2012. Final report of the election observation mission. <http://www.osce.org/odihr/elections/86959>.

³⁴ OSCE/BIDDH, Russia, Parliamentary Elections, 4 December 2011: Pre-Election Assessment Report. 14 September 2011. <http://www.osce.org/odihr/elections/Russia/82440>.

³⁵ Le Front unie des travailleurs de Russie (ROT FRONT) et l'Autre Russie se sont, également, vu refuser l'enregistrement pour divers motifs liés à leurs symboles (première affaire) et la compatibilité avec la législation (deuxième affaire).

a été manipulé. Le lendemain des élections, les 5 et 6 décembre, des manifestations sont organisées par les partis d'opposition et plusieurs organisations non-gouvernementales à Moscou avec jusqu'à plusieurs milliers de manifestants. Le 10 décembre, une manifestation rassemble entre 50 000 et 80 000 personnes³⁶.

Même si ces manifestations n'ont pas abouti à l'annulation des élections, les autorités ont dû apporter des modifications à certains actes législatifs, notamment à la législation sur les partis politiques dont l'objet était d'assouplir d'importantes dispositions, notamment celles qui ont trait à l'enregistrement des partis politiques. Les derniers amendements à la loi adoptés en avril 2012³⁷, ont réduit sensiblement le nombre de signatures requises pour l'enregistrement d'un parti politique et ont assoupli les conditions relatives au nombre d'adhérents dans les sections régionales. Toutefois, le problème de la protection des partis contre l'arbitraire reste ouvert. Dans son avis de 2012 sur la législation russe en matière de partis politiques la Commission de Venise a salué la réforme en indiquant, quand même que « *Cependant, pour être utile, elle (la réforme) devra atténuer le contrôle bureaucratique de la création et du fonctionnement des partis politiques. Les possibilités de dissolution ou de refus d'enregistrement pour violation des règles resteront problématiques, y compris lorsque le nombre d'adhérents requis pour créer un parti politique aura été réduit* »³⁸.

Les prochaines élections législatives en Russie auront lieu en 2016. Entre autres changements du système celui qui pourrait jouer en faveur d'une représentation plus importante des partis politiques est la réduction du seuil de 7 à 5%. Toutefois, la baisse du seuil électoral et une certaine libéralisation de la loi sur les partis politiques ne suffiront pas à rendre une crédibilité démocratique aux élections en Russie. Des réformes très importantes sont nécessaires dans les domaines de la lutte contre la corruption et le renforcement de l'indépendance

³⁶ Voir <http://tempsreel.nouvelobs.com/presidentielle-russe/20111224.OBS7490/russie-gorbatchev-conseille-a-poutine-de-quitter-le-pouvoir.html>.

³⁷ Voir la Loi sur les partis politiques en Fédération de Russie (rédaction du 28.04.2012) sur <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=174903> (en russe).

³⁸ Voir le document CDL-AD(2012)003 sur: www.venice.coe.int.

du système judiciaire capable de traiter un contentieux électoral qui concerne souvent l'abus de pouvoir par les différentes institutions de l'exécutif. L'autre élément important pour assurer la crédibilité du processus électoral est la restauration de la liberté d'association et de réunion afin de permettre aux citoyens de participer activement dans le gouvernement, y compris par le biais des associations, en conformité avec l'article 3 de la Constitution qui stipule que « *Le détenteur de la souveraineté et l'unique source du pouvoir dans la Fédération de Russie est son peuple multinational* ».

Sistemas de partidos e integración política. Caso español y especialidad catalana

Ángel J. Sánchez Navarro*

Introducción

Sin lugar a dudas, Jean-Claude Colliard ha sido uno de los grandes teóricos del funcionamiento de *Los regímenes parlamentarios contemporáneos*, por utilizar el título de su obra más conocida.¹ Su doble vocación y formación, jurídica y politológica, subyace de sus análisis de la “práctica contemporánea del régimen parlamentario”,² subrayando la relevancia de aspectos fundamentales de dicha práctica como el sistema de partidos³ o, muy especialmente, el papel de la mayoría. En sus propios términos, su trabajo responde a una cuestión esencial: “a partir del estudio de la práctica contemporánea del

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Subdirector de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

¹ *Les régimes parlementaires contemporains* (Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1978; versión española: *Los regímenes parlamentarios contemporáneos*; Ed. Blume, Barcelona, 1981). Como allí se dice (pág. 11, nota), esta obra procede de la tesis doctoral del autor, defendida en 1972.

² *Les régimes...*, pág. 13.

³ *Ibidem*, primera parte, cap. 4. Posteriormente, comienza “Le système de partis ou la Constitution politique de la V^e République” (*Revue de Droit Public*, núm. 5/6, 1988, págs. 1611 y ss), recordando la famosa fórmula del general de Gaulle: “Una Constitución es un espíritu, unas instituciones, una práctica”.

régimen parlamentario, ¿cabe demostrar el carácter determinante de la noción de mayoría?”⁴

Todos estos aspectos resultan especialmente atractivos para quien, como el que suscribe, inició también su vida académica con el estudio de los sistemas parlamentarios, con una perspectiva, a la vez, similar y opuesta: la similitud aparecía al señalar “el absoluto desconocimiento de la evolución histórica que puede apreciarse en buena parte de los textos jurídicos”, hasta el punto de que “la teoría constitucional mantiene principios que claramente contradicen la práctica política, o que sólo son compatibles con ella modificando su significado”. Pero, al mismo tiempo, la perspectiva era la contraria al centrarse “en el conocimiento de las minorías” y en el análisis de “su posición jurídica en los regímenes parlamentarios”.⁵

Estas circunstancias explican que en la agradecida aceptación a la amable invitación formulada para participar en esta iniciativa, se opte por revisitar uno de esos temas clásicos del maestro Colliard, y al que se le ha dedicado atención con anterioridad: el sistema de partidos.⁶ Sirvan, pues, estas páginas de homenaje a una figura cuya obra trascendió las fronteras de su país natal hasta convertirse en uno de los principales teóricos en la materia.

⁴ *Les régimes...*, pág. 14. En consecuencia, otros dos capítulos analizan (las formas y las funciones parlamentarias de) *la majorité*, para desembocar en ciertas conclusiones relativas al “parlamentarismo mayoritario” (págs. 278 y ss).

⁵ Ángel J. Sánchez Navarro, *Las minorías en la estructura parlamentaria* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, págs. 27 y 25). Esta monografía, junto con otra (*La oposición parlamentaria*; Madrid, Congreso de los Diputados, 1997), nacieron, asimismo, de la tesis doctoral de quien suscribe (*El estatuto jurídico de la oposición en los sistemas parlamentarios*, 1993).

⁶ *Cfr.* J. de Esteban y Á. J. Sánchez Navarro, “El sistema de partidos en la España actual” (en L. López Guerra [coord.], *Estudios de Derecho Constitucional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, págs. 295-304; también en D. Lavroff y M. Ramírez [dirs.], *La pratique constitutionnelle en France et en Espagne de 1958 et 1978 à 1999/ La práctica constitucional en Francia y España de 1958 y 1978 a 1999*. Presses Universitaires de Bordeaux, 2001).

Sistemas de partidos e integración política. Justificación de una perspectiva

Sistema español de partidos

En los primeros meses de 2000, en un trabajo académico elaborado por quien suscribe y su maestro, se intentaba analizar el sistema español de partidos, exponiendo las líneas generales de su evolución, hasta entonces, y apuntando las que parecían esbozarse en el futuro.⁷ De este modo, se distinguía una primera fase (1977-1982), caracterizada por el protagonismo de “cuatro grandes partidos... de ámbito nacional, junto a [otras] más pequeñas formaciones nacionalistas [especialmente] catalanas y vascas”. Después, se reconocía un segundo periodo (1982-1993) cuyo rasgo esencial era “la existencia de una formación, el PSOE [Partido Socialista Obrero Español, con]... una mayoría absoluta que hizo pensar en un sistema de partido casi hegemónico”. Y, finalmente, una tercera etapa (1993-2000) que se consideraba como “de equilibrio inestable”, en la que se configuraron “dos grandes partidos de ámbito nacional que necesitaban apoyos externos para formar mayorías estables”.

Esta descripción concluía afirmando que tal “equilibrio inestable” no parecía llamado “a modificarse de manera notable en las próximas elecciones anunciadas para el 2000”.⁸ Algo que desmintió poco más tarde, subrayando las escasas aptitudes proféticas, fue la mayoría absoluta lograda por el Partido Popular (PP).

No obstante, en una perspectiva más amplia, tal conclusión no resultó tan descabellada: al dejar al margen esos comicios, las dos legislaturas siguientes (2004-2011) reprodujeron el equilibrio característico del periodo 1993-2000. De este modo, entre 1993 y 2011 los dos principales partidos nacionales consolidaron una fuerza electoral más o menos similar: el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), entre 34.7% y 44.4% de los votos válidos emitidos a favor de candidaturas (en 2000 y 2004, respectivamente), y el PP, entre 35% (1993) y 45.2% (2000). En otros términos, dos grandes fuerzas se movieron en el

⁷ “El sistema de partidos...”, en *Estudios...*, *op. cit.*, págs. 300-1.

⁸ *Ibidem*, págs. 303-4.

entorno de 40%;⁹ por tanto, en principio, estuvieron necesitadas de apoyos externos para asegurar mayorías absolutas.

Estos datos se modificaron nuevamente con las últimas elecciones generales (noviembre de 2011). Desde la perspectiva aquí adoptada, y al margen de que el PP lograra una mayoría absoluta similar a la de 2000, el dato más significativo de estos comicios se da por el “hundimiento” del PSOE hasta mínimos históricos (inferiores a 29.1%) en beneficio, fundamentalmente, de partidos minoritarios, tanto nacionales —Izquierda Unida (IU) y Unión Progreso y Democracia (UPyD)— como infraestatales.¹⁰

Lo cierto es que salvo en el periodo 2000-2004, el “equilibrio inestable” prevalente entre 1993 y 2011 otorgó especial relevancia a los partidos minoritarios, normalmente llamados a prestar ese apoyo imprescindible para formar mayorías: un aspecto de gran tradición teórica, desde las clásicas reflexiones de Maurice Duverger,¹¹ hasta las más recientes de Giovanni Sartori.¹² Y entre tales minorías destacaban

⁹ Según el *Archivo Histórico Electoral* de Argos (http://www.pre.gva.es/pls/argos_elec/DMEDB_elecPaíses.informeElec?avPaisId=E&avLengua=c), en las sucesivas elecciones generales del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y el Partido Popular (PP) lograron, respectivamente, 39.1% y 35% (en 1993); 38% y 39.2% (en 1996); 34.7% y 45.2% (en 2000); 43.3% y 38.3% (en 2004), y 44.4% y 40.4% (en 2008).

¹⁰ No se analizará aquí las sucesivas elecciones europeas (seis, entre 1989 y 2014), cuyos rasgos peculiares las hacen menos fiables para obtener conclusiones generalizables. Ello, no obstante, ha de mencionarse; al menos que las últimas (mayo de 2014), pese a su escasa participación (45% del censo), han mostrado un profundo desfondamiento de las dos grandes opciones nacionales, que no alcanzaron conjuntamente 50% de los votos válidos emitidos —Partido Popular (PP: 26.06%) y Partido Socialista Obrero Español (PSOE: 23%), así como el reforzamiento de otras formaciones nacionales, algunas ya consolidadas —Izquierda Unida (IU: 9.99%), Unión Progreso y Democracia (UPyD: 6.5%)— y otras de nuevo cuño —Podemos: 7.97%; Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía (C's: 3.16%)—. Por más que estos resultados puedan considerarse excepcionales —y en cierta medida paralelos a los registrados en otros países como Francia, Gran Bretaña o Italia, donde también los partidos tradicionales se han visto muy perjudicados por el auge de fuerzas, en principio, más radicales e incluso antisistema de uno u otro signo—, lo cierto es que muestran tendencias hasta ahora inexistentes (o, al menos, muy poco visibles) en el sistema político español.

¹¹ Según su *Teoría de los partidos pequeños*, éstos “pueden ocupar excepcionalmente una posición de arbitraje que les da una influencia considerable, bien en el plano electoral, bien en el plano parlamentario”: *Los partidos políticos*. México, Fondo de Cultura Económica, 1987 (10ª reimpr.; 1ª ed. francesa, 1951), págs. 320 y ss.

¹² “Debe tenerse en cuenta a un partido, por pequeño que sea, si se halla en posición de determinar a lo largo de un período de tiempo y en algún momento como mínimo una de las posibles mayorías gubernamentales”. En otros términos, “podemos dejar de contar a los

de una parte, un tercer grupo en la izquierda, cuyas posibilidades parecen disminuir, lo que probablemente le mantenga al margen de las combinaciones de gobierno; y otro nacionalista, cuya posición central en el sistema nacional permite augurar su mantenimiento.¹³

Ello conduce a destacar, asimismo, el rasgo “tal vez... más característico del sistema de partidos español”:

a diferencia de... la mayor parte de los demás países europeos, en España la formación (o las formaciones) que desempeña[n] ese papel central de bisagra no es un partido de ámbito nacional, sino... de carácter nacionalista... cuyos intereses, por tanto, son por definición y en cierta medida particulares.

Lo anterior explica

que, pese al general reconocimiento de su aportación a la gobernabilidad del Estado, los partidos nacionales sean fácil y frecuentemente acusados de ceder, en sus relaciones con ellos, ante intereses particulares, en detrimento... del interés general.¹⁴

partidos que no tienen: i) *posibilidades de coalición* ni ii) *posibilidades de chantaje*”, adoptando esta última noción de Anthony Downs (*Partidos y sistemas de partidos*, I. Madrid, Alianza Editorial, 1987 [1ª reimpr.], págs. 156-7; cursivas en el original).

¹³ En términos estrictamente cuantitativos, cabe apuntar que la fuerza electoral de Izquierda Unida (IU) durante este periodo parece haberse deteriorado significativamente, pasando del entorno de 10% (en 1993 y 1996) a otro mucho más próximo a 5% (5.5% en 2000; 5.3% en 2004; 3.8% en 2008), con cierto repunte en 2011 (hasta 6.92%). Mientras que el peso de los nacionalistas —Convergència i Unió (ciU), Partido Nacionalista Vasco (PNV), Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), Bloque Nacionalista Galego (BNG), Coalición Canaria (CC), Eusko Alkartasuna (EA), Nafarroa Bai (na-bai), Chunta Aragonesista (CHA), etcétera— es muy estable, próximo a 10% (1993: 10.4%; 2004: 10.2%; 2011: 10.6%), con un máximo de 11.4% (en 2000) y un acusado descenso (hasta 6.6%) en 2008.

¹⁴ Se confirma, así, lo que Duverger subrayara hace ya 60 años: si esa posición es ocupada por un “partido de minoría permanente”, resulta que “el destino del país se ve depender de un grupo fuertemente minoritario y profundamente diferente del conjunto de la comunidad nacional... No puede gobernarse sin su apoyo y su apoyo compromete a los que lo aceptan”: *Los partidos políticos*, op. cit., pág. 320. Entre los ejemplos allí citados, se encuentran los diputados irlandeses en el Parlamento británico de fines del XIX, los partidos alemanes en Checoslovaquia o los parlamentarios musulmanes en la Asamblea constituyente francesa de 1945.

Pues bien, esa conclusión servirá de punto de arranque a estas páginas, porque, evidentemente, ese “hecho diferencial español”, que es la existencia de unos partidos de ámbito infraestatal determinantes (“bisagras”) para la configuración de mayorías de gobierno, no se explica principalmente por razones jurídicas, sino por otras de naturaleza social y política: básicamente, por la existencia de un considerable sector de la población que suele otorgar su voto a formaciones nacionalistas o regionalistas. Ahora bien, ese dato ha incrementado su relevancia (cuantitativa y cualitativa), hasta convertirse en un punto central del debate político y jurídico acerca del funcionamiento de las instituciones.

Así lo confirma, por ejemplo, el Consejo de Estado en el documento *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral*,¹⁵ en el cual se hace eco de algunas propuestas explícitamente dirigidas a “evitar que la gobernabilidad del país dependa de partidos cuyo apoyo electoral se reduce a un ámbito territorial limitado”.¹⁶ Como se ha subrayado, tales propuestas responden a las “críticas sobre la relevancia sistémica alcanzada por los partidos nacionalistas o regionalistas como una consecuencia directa del sistema electoral vigente”,¹⁷ críticas que estos autores —correctamente— consideran infundadas, y que han provocado que “en muchos medios políticos y periodísticos ha[ya]n abundado las propuestas arbitristas para impedir” la —aparente— sobrerrepresentación de dichos partidos nacionalistas y regionalistas.

Al hilo de este debate, una parte importante de la doctrina y de la opinión pública española ha reclamado la reforma del sistema electoral.¹⁸ Por el contrario, según la opinión de quien suscribe este trabajo,

¹⁵ Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general, en F. Rubio Llorente y P. Biglino Campos (eds.), *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral*. Madrid, Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

¹⁶ *Informe...*, citado, apartados IV.2.1 y IV.3.1.c.v.

¹⁷ J. R. Montero y P. Riera, “Informe sobre la reforma del sistema electoral”, anexo al mismo *Informe del Consejo de Estado*. Las citas proceden de los apartados VI.4 y VII, en los que se mencionan a los dirigentes del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y del Partido Popular (PP) que han defendido públicamente estas iniciativas.

¹⁸ Así, J. de Esteban llega a escribir del “cáncer que representan para nuestra democracia los pequeños partidos nacionalistas que, merced a una absurda ley electoral que se debía haber reformado ya, tienen asiento en el Congreso, dificultando así cualquier política de carácter nacional que les pueda perjudicar, para acabar llevando el agua a su molino local” (“La Constitución devaluada”, en *El Mundo*, 2 de diciembre de 2008).

y aun partiendo de similares inquietudes acerca del funcionamiento del sistema representativo español, el análisis no debe centrarse en el panorama electoral, sino en el partidista y parlamentario.¹⁹ Obviamente, uno y otro están en forma estrecha relacionados: “opinión pública, régimen electoral y sistema de partidos forman... tres términos interdependientes unos de otros, cuyas relaciones no se producen en sentido único, a pesar de la creencia corriente”.²⁰ Pero, frente al planteamiento más generalizado (que acude al sistema electoral para explicar posibles disfuncionalidades representativas de las instituciones), es preferible subrayar una perspectiva alternativa que sitúa en primer plano el funcionamiento del sistema de partidos y de las propias instituciones parlamentarias,²¹ porque, al fin y al cabo, “algunas transformaciones del sistema de partidos son independientes del régimen electoral: su intervención en la representación se produce, pues, aisladamente”.²²

De este modo, el análisis deja de centrarse en los efectos políticos y parlamentarios del sistema electoral para subrayar los efectos electorales de los sistemas partidista y parlamentario. En otros términos, la cuestión deja de ser cómo el sistema electoral moldea el sistema político y parlamentario, para pasar a ser cómo el sistema de partidos y el sistema parlamentario contribuyen a moldear los resultados electorales. Sólo si se contempla globalmente el funcionamiento permanente

¹⁹ Volviendo a Maurice Duverger, es sabido que éste destacaba “la influencia de la representación proporcional en el desarrollo de los partidos pequeños”, pero se recuerda menos su opinión de que “la influencia del factor electoral es limitada... reformas electorales habrían podido quizás modificar ligeramente el número de escaños obtenidos por [este tipo de partidos de minorías permanentes]: [pero] no [los] habrían suprimido” (*op. cit.*, págs. 322-4).

²⁰ *Ibidem*, pág. 406.

²¹ En ese mismo sentido cabría interpretar las palabras de Giovanni Sartori cuando afirma que “los partidos y los sistemas de partidos moldean (más allá del punto en que reflejan) la sociedad política”, considerando, pues, la política como una “variable independiente” (*Partidos y sistemas... cit.*, pág. 10). Y, aunque con otro tono, cabe también recordar aquí la afirmación de Maurice Duverger: “los sistemas de partidos son el resultado de factores numerosos y complejos, unos propios a cada país y otros generales (...) Entre los factores generales, el régimen electoral es el más importante, ya que... orienta en el mismo sentido a las estructuras de todos los partidos de un país (...) A la inversa, el sistema de partidos desempeña un papel capital en el régimen electoral (...) En definitiva, sistema de partidos y sistema electoral son dos realidades indisolublemente ligadas” (*op. cit.*, págs. 231-2).

²² *Ibidem*, pág. 407.

de los partidos y sus relaciones (dentro y fuera del Parlamento) es posible entender con propiedad el resultado del momento electoral.²³

Partidos infraestatales. Sistema español y subsistemas autonómicos

Así pues, desde esta perspectiva global, uno de los rasgos característicos de la evolución del sistema político-democrático español ha sido la —lógica y necesaria— transformación del sistema de partidos. Y, más concretamente, la afirmación de una tendencia —en absoluto necesaria— de progresiva reducción de los partidos políticos de ámbito nacional y correlativo fortalecimiento de los partidos de ámbito infraestatal.²⁴

Pujanza de los nacionalismos en el Congreso de los Diputados

Dada la organización del sistema político parlamentario, no es extraño que la evolución expuesta se haya manifestado con particular relieve en el Congreso de los Diputados. Si, según Hanna F. Pitkin, sólo “las instituciones representativas *correctamente diseñadas* pueden servir a sus propósitos adecuadamente”,²⁵ el análisis del ordenamiento parlamentario español en el Congreso muestra que desde sus inicios persiguió el fortalecimiento de los grupos y que

²³ Vide el epígrafe “Los Grupos Parlamentarios”, en la primera parte (“La estructura de los Parlamentos contemporáneos. Los actores parlamentarios”, págs. 98-121) de *Las minorías en la estructura parlamentaria*, cit.

²⁴ Ciertamente, la mayoría de los partidos de ámbito infraestatal tiene una ambición estrictamente autonómica. Algunos, como *Convergència i Unió* (ciu), están presentes en varias comunidades autónomas, pero sólo representados en una. Únicamente algunos partidos —Partido Nacionalista Vasco (PNV), Eusko Alkartasuna (EA), Herri Batasuna (HB), Esquerra Republicana de Catalunya (ERC)— han conseguido, en algún momento y mediante fórmulas distintas, diputados electos en provincias pertenecientes a dos comunidades (País Vasco y Navarra, Cataluña y Baleares). En consecuencia, aun siendo conscientes de las diferencias, se utilizarán indistintamente los términos *infraestatal* o *autonómico* para calificar a estos partidos de presencia política y electoral territorialmente limitada.

²⁵ *El concepto de representación* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pág. 11).

sus reglas, aparentemente rígidas, se suavizaron a fin de permitir que, junto a los partidos mayores, de ámbito nacional, pudiesen convivir otros, excepcionales, pocos, de ámbito autonómico. Sin embargo, hoy... la excepcionalidad se ha convertido en regla, al menos desde el punto de vista cuantitativo.²⁶

En efecto, entre 1982 y 1993 la mayoría de los grupos parlamentarios del Congreso correspondían a partidos de ámbito nacional.²⁷ No obstante, entre 1993 y 2004, a los 3 grupos nacionales (PSOE, PP e IU) se unieron otros 4 integrados exclusivamente por diputados nacionalistas o regionalistas —Convergència i Unió (CIU), Partido Nacionalista Vasco (PNV), Coalición Canaria (CC) y Mixto—.

Esa tendencia ha seguido agudizándose, pues desde 2004, en el Congreso, había 3 grupos nacionales y 5 infranacionales.²⁸ Entre 2008 y 2011, 2 y 2 (PSOE y PP, de un lado; CIU y PNV, del otro), y 2 más con un componente nacionalista mayoritario.²⁹ Actualmente, los grupos

²⁶ A. J. Sánchez Navarro, “Representación nacional y grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados”, en *Cuadernos de pensamiento político*, FAES, número 12 (2006), págs. 93-114; especialmente, pág. 109.

²⁷ En la II Legislatura (1982-1986) formaron grupos por sí solos los diputados del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), Coalición Popular (CP), Unión de Centro Democrático (UCD), Convergència i Unió (CIU) y Partido Nacionalista Vasco (PNV), y el Mixto estaba compuesto por 6 diputados de partidos nacionales —4 Partido Comunista de España (PCE), 2 Centro Democrático y Social (CDS)— y 3 de formaciones independentistas —Herri Batasuna (HB), Euskadiko Ezkerra (EE) y Esquerra Republicana de Catalunya (ERC)—. En la III Legislatura (1986-1989), los grupos fueron de PSOE, CP, CDS, CIU y PNV, y un Mixto en el que, junto a 7 diputados de Izquierda Unida (IU), se integraban otros 5 de partidos infraestatales —EE, Partido Aragonés (PAR), Agrupaciones Independientes de Canarias (AIC), Coalición Galega (CG) y Unión Valenciana (UV), a los que habrían debido unirse los 5 de HB, que no llegaron a adquirir su condición plena de parlamentarios—. En la IV Legislatura (1989-1993), las 4 grandes formaciones nacionales —PSOE, Partido Popular (PP), IU y CDS— formaron grupos propios, junto a los de CIU, PNV y un amplio grupo mixto formado ya exclusivamente por 14 diputados de 7 fuerzas de ámbito infraestatal —HB, Partido Andalucista (PA), UV, Eusko Alkartasuna (EA), EE, PAR y AIC—.

²⁸ Partido Socialista Obrero Español (PSOE), Partido Popular (PP) e Izquierda Unida (IU) reunieron más de 85% de los votos, consiguiendo 317 diputados articulados en 3 grupos parlamentarios. Pero los partidos nacionalistas, con su 10% de sufragios y 33 escaños, formaron 5 grupos distintos —Convergència i Unió (CIU), Partido Nacionalista Vasco (PNV), Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), Coalición Canaria (CC) y Mixto: véase “Representación nacional...”, *cit.*, pág. 109—.

²⁹ Así, el grupo Esquerra Republicana de Catalunya (ERC)-IU-Iniciativa per Catalunya Verds (ICV) integraba a 3 diputados de ERC y a 2 de IU-ICV, mientras que el Mixto estaba formado por 6 diputados de partidos infraestatales, junto con Rosa Díez —Unión Progreso y Democracia (UPyD)—.

estrictamente nacionales son 3 (PP, PSOE, UPyD), y los puramente nacionalistas otros 3.³⁰ El séptimo grupo, la Izquierda Plural, agrupa a los diputados de IU, con otros nacionalistas. En definitiva,

frente a los... grandes Grupos, que representan a la inmensa mayoría de los españoles, y reúnen la inmensa mayoría de los escaños, [el] juego de las excepciones ha permitido... un número mayor de Grupos muy minoritarios, todos ellos nacionalistas.

Así pues, desde esta perspectiva, los efectos (sociales, políticos y partidistas) “del protagonismo igualitario atribuido por el Reglamento [del Congreso] a los Grupos”, y presente en toda la actividad parlamentaria, benefician a los representantes —y, por tanto, a los partidos— nacionalistas o regionalistas, en correlativo detrimento de los de ámbito estatal.³¹ Y ello ha otorgado a los partidos autonómicos o infraestatales una visibilidad social y un protagonismo político que se transforman fácilmente en ventaja electoral.

En todo caso, y por importante que pueda considerarse, el alcance de ese factor (de ámbito, por cierto, estrictamente estatal o nacional) parece insuficiente, por sí mismo, para explicar toda la evolución partidista y parlamentaria anteriormente descrita. De ahí que las causas últimas de ésta tengan que buscarse en otro lugar, y probablemente sea más certero ubicarlas principalmente en un factor estructural anterior, como es la lógica adaptación de los actores sociales y políticos a las nuevas reglas de juego derivadas del modelo autonómico establecido por la Constitución de 1978.

Estado de las autonomías y subsistemas autonómicos de partidos

Como señaló Duverger, el sistema de partidos se define por “las formas y las modalidades” de la coexistencia entre los “varios partidos [que]

³⁰ Convergència i Unió (ciu), Partido Nacionalista Vasco (PNV) y Mixto.

³¹ “Representación nacional...”, *cit.*, págs. 107 y ss.

coexisten en un mismo país”.³² En consecuencia, y como en cualquier otro campo, si tales “formas y modalidades” cambian, los actores políticos adaptarán sus estrategias al nuevo contexto de manera más o menos racional.³³

En otros términos, si la pugna se dirime en un único campo de batalla (el nacional), los actores políticos intentarán reforzar sus elementos unitarios, concentrando también sus fuerzas. Ahora bien, si el enfrentamiento político se desconcentra y descentraliza en diversos planos o ámbitos (estatal, autonómico, municipal), dichos actores intentarán ajustarse a esa diversidad básicamente de dos maneras: al flexibilizar los partidos nacionales (que se dotan, pues, de estructuras adecuadas para atender simultáneamente a varios campos de batalla), o mediante la aparición de nuevos partidos, que normalmente expresan (o sirven a) intereses sociales específicos de cada uno de esos ámbitos.

Así las cosas, resulta lógico (aunque no necesario) que “el proceso descentralizador del poder... encuentra su reflejo en la aparición de otros sistemas (o subsistemas) de partidos de ámbito infraestatal”, al configurar así un sistema nacional y unos subsistemas autonómicos de partidos. En estos últimos, además, y coherentemente con las posibilidades antes sugeridas,

habría que distinguir, a su vez, entre aquellos prácticamente monopolizados por los partidos de ámbito nacional... [y] otros cuyas especiales características proceden sobre todo de la existencia de formaciones de naturaleza nacionalista o regionalista.³⁴

Pues bien, los rasgos, funcionamiento y evolución de estos nuevos subsistemas de partidos, específicamente adaptados a la reciente or-

³² *Los partidos...*, *op. cit.*, pág. 231.

³³ Según la clásica “Teoría del caudillaje competitivo” formulada por Joseph Alois Schumpeter, el “método democrático es aquel sistema institucional... en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo”. En ese esquema, los debates parlamentarios (y, se podría decir ahora, los debates políticos en general) aparecen como “batallas” dentro de la “guerra” única dirigida a la victoria ante el adversario para conquistar por el poder (véase *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona, Ed. Folio, 1984, págs. 343 y 355). En las líneas que siguen se utilizará esta imagen bélica, que recuerda también —invirtiéndola— al famoso aserto de Von Clausewitz de la guerra como “continuación de la política por otros medios”.

³⁴ J. de Esteban y A. Sánchez Navarro, “El sistema de partidos...”, *cit.*, pág. 299.

ganización territorial del poder, han afectado a las dinámicas social, política, electoral y parlamentaria de todo el Estado. Y ello suscita cuestiones fundamentales que afectan a la función de integración política no sólo de cada partido en particular, sino de todo el sistema. Esto se tratará a continuación.

Partidos, sistemas de partidos e integración política. Nociones generales

Como se sabe, los partidos políticos son un tipo específico de asociación, cuyo cometido característico es “presentar candidatos para alcanzar representación en las instituciones políticas, y ejercer así un poder político” que puede articularse en el ámbito nacional, regional o local.³⁵ Al actuar así, desempeñan funciones esenciales para la democracia representativa: su papel consiste en “integrar a los grupos y a los individuos en el proceso político, sirviendo como un mecanismo para formular y representar sus intereses”.³⁶

Esas nociones generales se encuentran plasmadas en el artículo 6 de la Constitución española (los partidos “expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política”), que se limita a constatar las funciones constitucionalmente relevantes que justifican su regulación diferenciada. De ahí que, como expresa el Tribunal Constitucional, “los partidos (...) en su misma razón de ser tienen inscrita” una “tarea agregativa”, consistente en “ir agregando diversidad de intereses individuales y sectoriales en proyectos y actuaciones de alcance político, esto es, generales”.³⁷

En otro orden de ideas, estos textos permiten extraer una segunda constatación, que es la generalidad de todas esas funciones, y en

³⁵ Obviamente, y para simplificar la exposición, se utiliza aquí el concepto de partido en sentido amplio, integrador de otras fórmulas legalmente posibles como coaliciones o agrupaciones de electores.

³⁶ Véanse el *Code of Good Practice in the Field of Political Parties* y su *Explanatory Report* de la Comisión de Venecia (Commission for Democracy through Law) del Consejo de Europa (2008 y 2009, apartados 10, 58 y 59).

³⁷ STC 75/1985, Fundamento Jurídico 5º.

particular de esa tarea agregativa. Dicho de otro modo, todos los partidos políticos la desempeñan, pero ninguno puede pretender monopolizarla, puesto que la agregación de intereses no resulta sólo de la actuación de cada uno de los partidos, sino del funcionamiento de todos ellos. Los partidos, ya que expresan el pluralismo social, son (han de ser) plurales. Y, porque concurren, han de ser varios, en relación con la competencia entre ellos.

Al fin y al cabo, los votos son de los ciudadanos y no de los partidos. Son aquellos quienes los otorgan (o no) a uno u otro partido en cada consulta, para que el elegido pueda representar (hacer presente en el ámbito institucional) sus ideas, valores o intereses. Y lo hacen en el marco definido por la pugna que en cada elección se sustancia, así como por las posiciones que cada partido mantiene en su relación con los demás y con la sociedad. Así pues, los partidos —todos— desempeñan una función mediadora esencial en el proceso de “reducción de la complejidad” característico de los regímenes democráticos.³⁸

De este modo, y aunque resulte obvio, esas funciones recogidas en el artículo 6 de la Constitución española se ejercen siempre en un sistema de partidos: cada uno contribuye a la tarea de integrar diversos intereses individuales y sectoriales en proyectos generales, en el contexto de sus relaciones con el resto de los actores sociales y políticos. Así, el sistema de partidos, en su conjunto, opera (o no) como instrumento de integración política.

Justamente, la función agregativa o integradora de los partidos³⁹ llama la atención en la eficacia desempeñada no por uno u otro partido concreto, sino por todos los que conforman un sistema determinado. Si las relaciones entre tales partidos se articulan (por retomar la

³⁸ “La fabricación de [l]a voluntad política sólo puede hacerse a partir de la voluntad de los individuos que conforman el pueblo, en sentido sociológico, y con la intermediación de los partidos políticos como instrumentos de formación y canalización de las opiniones políticas” (Carmen Fernández-Miranda Campoamor y Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *Sistema electoral, Partidos Políticos y Parlamento*. Madrid, Colex, 2008 para la 2ª ed., págs. 124 y ss).

³⁹ Función que determina, en cierto modo, las tradicionales clasificaciones de los partidos en categorías como “partidos de notables”, “de cuadros”, “de masas”, *one-issue o catch-all parties...*, conceptos todos que aluden a los sectores cuyos intereses se pretenden representar, o a los factores que determinan la agregación de intereses. Evidentemente, en la medida en que cada partido obtenga o no apoyos sociales, esa agregación podrá entenderse más o menos cumplida.

expresión del Tribunal Constitucional) en “proyectos y actuaciones... generales”, el sistema será un factor de integración. Si, por el contrario, esas relaciones se construyen en factores de diferenciación e intereses más o menos particulares (o particularistas), operará como un poderoso factor disgregador.

Ahora bien, el alcance de esa tarea está también determinado por lo que se podría denominar el ámbito de generalidad de dichos proyectos políticos o, dicho en otros términos, por el grado de apertura del sistema: si un sistema de partidos (local, autonómico, estatal) se articula en proyectos estrictamente ceñidos a ese ámbito, la agregación podrá ser poderosa en esa línea, pero no se proyectará hacia ámbitos más amplios al aparecer el sistema como cerrado, ensimismado. Por el contrario, cuanto más amplios (más generales y políticos) sean los proyectos que definen las relaciones entre partidos, más general será también la agregación de intereses que realiza el sistema.

Por esto, resulta comprensible la relativa irrelevancia de los subsistemas de partidos locales, tanto más cuanto menos sea su ámbito: en múltiples municipios, como se sabe, las relaciones entre diversos sectores (elecciones, formación de mayorías, programas de gobierno, etcétera) se fundan en intereses propios. Ello explica la menor incidencia de los factores políticos generales y, en lógica consecuencia, el éxito de candidaturas independientes, en detrimento de unas grandes formaciones que con mucho trabajo logran encontrar candidatos que los representen, pese a contar, muchas veces, con numerosos y fieles votantes en otros comicios.

En sentido contrario, este mismo factor explica la percepción generalizada acerca de la (relativamente) escasa importancia política de las elecciones al Parlamento Europeo. En efecto, en tanto las sociedades europeas siguen esencialmente interesadas en proyectos de ámbito nacional o estatal, los distintos sectores y sus intereses se agregan y articulan a ese ámbito, dificultando su proyección fuera de las fronteras nacionales. Todo ello detiene las medidas tendentes a superar las fronteras nacionales (formación de partidos europeos, ubicación ideológica y no nacional de los representantes en la Cámara). En consecuencia, y a pesar de las evidentes afinidades existentes en las diversas familias ideológicas, su articulación por medio de un sistema

europeo de partidos, sólidamente establecido, no está resultando fácil ni mucho menos.

Esa perspectiva es muy interesante si se aplica a estados políticamente complejos, en los que coexisten diferentes ámbitos de articulación política y, por tanto, diversos sistemas de partidos. En la medida en que la tarea agregativa o la función de integración (de los partidos y del sistema en su conjunto) se ciñan al ámbito infraestatal se reforzarán los intereses y elementos diferenciadores, debilitándose correlativamente los comunes. Pero si, por el contrario, esa tarea desborda ese ámbito, y se proyecta en los elementos comunes, lógicamente los reforzará, y con ello se contribuirá a configurar debates nacionales.

Ésta será la perspectiva que se utilizará ahora para analizar la evolución del subsistema de partidos existente en Cataluña. Es un sistema reciente, nacido en la comunidad autónoma, en 1980, y que ofrece algunos rasgos y tendencias significativos que pueden permitir una reflexión fructífera acerca de su función agregativa o integradora en su ámbito social y político.

Sistema de partidos en Cataluña

Características. Sistema diferenciado

Este subsistema de partidos resulta de interés por varias razones:

- 1) En primer lugar, por su clara diferenciación tanto del nacional como de casi todos los demás sistemas (o subsistemas) autonómicos.⁴⁰ Los partidos políticos presentes en la vida parlamentaria catalana

⁴⁰ De los antecedentes de este sistema de partidos, véase I. Correas Sosa, "Cataluña," en María Isabel Álvarez Véllez (dir.), *Estado y Comunidades Autónomas en España: sistemas electorales y participación política* (Madrid, Senado, 2011, págs. 365-405). Como allí se indica, citando a M. Caminal, en Cataluña "no podemos decir que exista un partido nacionalista por excelencia... lo que hay son partidos nacionales más que un partido nacionalista o un bloque nacionalista que... se erige como el conductor, el guía... Esta idea de partido nacionalista no existe en Cataluña (...) no hay que olvidar que el catalanismo es pluralidad; que hay, por tanto, muchos catalanismos..." (págs. 386-7).

son, en gran parte, distintos de los del ámbito nacional. Incluso, es difícil encontrar otra comunidad autónoma con rasgos diferencia-
dores tan claros.

2) En segundo término, por su ya apuntada relevancia en el sistema español de partidos, debida a factores tanto cuantitativos como cualitativos.

a) En términos estrictamente cuantitativos, cabe recordar que Cataluña es la segunda mayor comunidad autónoma de España en términos demográficos y, por tanto, la segunda que más diputados elige.⁴¹

b) Este dato está potenciado por otro cualitativo: en Cataluña existen importantes partidos nacionalistas representados en el Congreso. Algo que no sucede, además, en ninguna de las otras tres mayores comunidades españolas en términos demográficos (Andalucía, Madrid y la Comunidad Valenciana).

Por consiguiente, sólo en comunidades mucho menores (como Galicia o Canarias) existe un (único) partido autonómico que logra presencia nacional (habitualmente, como tercero en discordia, a notable distancia de los dos grandes). Para encontrar un sistema mínimamente comparable con el catalán, hay que acudir al País Vasco, cuyo peso demográfico (y, por tanto, político) es bastante menor. Dicho de otro modo, Cataluña presenta el sistema de partidos más diferenciado, con mucho, de los que coexisten en España. Y su peso demográfico y político permite su proyección en el ámbito nacional, condicionándolo significativamente.⁴²

c) Asimismo, hay que recordar el especial valor estratégico de esos diputados; en el contexto de equilibrio entre las dos grandes formaciones en el ámbito nacional, los nacionalistas catalanes han sido determinantes de esas mayorías en múltiples ocasiones.

⁴¹ Concretamente, los votantes catalanes eligen a 47 de los 350 diputados (13.4%).

⁴² Entre 1993 y 2011, los diputados obtenidos conjuntamente por *Convergència i Unió* (ciu) y *Esquerra Republicana de Catalunya* (ERC) han oscilado entre 13 y 19. Durante ese mismo periodo los diputados nacionalistas vascos han sido, aproximadamente, la mitad (entre 7 y 9). Sólo en las últimas elecciones, de 2011, los nacionalistas vascos superaron ampliamente sus cotas tradicionales, obteniendo 13 diputados —7 *Amaiur*, 5 *Partido Nacionalista Vasco* (PNV), 1 *Geroa Bai* (GBai)—.

En definitiva, de todos los sistemas autonómicos de partidos existentes en España, el de Cataluña es el que muestra “una mayor relevancia de los partidos autonómicos, que entran en igualdad de condiciones en la contienda electoral con los partidos nacionales”. Y, “si bien en un primer momento sólo CiU tenía verdadera entidad..., en los últimos años otros partidos han alcanzado el suficiente peso electoral como para condicionar la vida política catalana —e incluso la nacional—”.⁴³

Evolución. Diferenciación creciente

En ese contexto propio y diferenciado, resulta lógico que el debate se haya ajustado al ámbito de las formaciones nacionalistas, al potenciar así sus rasgos diferenciales específicos. En los términos anteriormente utilizados de tarea agregativa, cabe afirmar que en Cataluña se ha definido un terreno de juego característico, en el que los actores encuentran incentivos para subrayar los elementos diferenciadores, de modo que el sistema de partidos autonómico parece evolucionar en un sentido no sólo distinto, sino incluso opuesto al nacional.

Elementos de (aparente) estabilidad

A primera vista, podría parecer que el sistema político autonómico catalán presenta un alto grado de estabilidad en sus 30 años de existencia. Es una apariencia sustentada en varios datos:

- 1) En primer lugar, durante todo este periodo únicamente han existido dos fórmulas de gobierno: por un lado, más de 20 años de gobiernos monocolores de Convergencia y Unión (CiU: 1980-2003, y desde 2010). Por otro, la alternativa de un gobierno de coalición formado por tres partidos de izquierda —Partido de los Socialistas de Cataluña (PSC), Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) e Iniciativa per Catalunya Verds (ICV), 2003-2010—. ⁴⁴

⁴³ I. Correas Sosa, “Cataluña”, *op. cit.*, págs. 403-4.

⁴⁴ A modo de comparación, piénsese que —al margen de las comunidades autónomas gobernadas desde sus inicios por un mismo partido, como Andalucía— en el resto la articulación de

- 2) A continuación, los escasos cambios en los partidos con representación parlamentaria:
 - a) Desde un punto de vista cuantitativo, los partidos presentes en el Parlamento han sido, normalmente, 5 (1984, 1992, 1995, 1999 y 2003) o 6 (1980, 1988 y 2006). Sólo tras las últimas elecciones (2010 y 2012), este número se elevó a 7.
 - b) Esa aparente estabilidad se refuerza porque, entre esos partidos, los 2 constantemente mayoritarios (CiU y el Partido Socialista [PSC-PSOE]) han conservado esencialmente una misma identidad, al igual que ERC, que en diversas ocasiones ha sido el tercero más votado y ha participado en varios gobiernos.⁴⁵
 - c) Así pues, junto a ese núcleo estable y ampliamente mayoritario, los cambios han sido, esencialmente, paralelos a (y reflejo de) los producidos en el resto de España. De esta manera, en el ámbito de centroderecha, la principal formación de los primeros años de democracia constitucional la Unión de Centro Democrático (UCD) dejó paso, tras diversas etapas, al PP.⁴⁶ Y, en la izquierda, la integración del Partido Comunista de España (PCE) en una marca más amplia, Izquierda Unida, se tradujo, en

mayorías de gobierno ha adoptado fórmulas muy diversas. Así, por ejemplo, en el País Vasco se han sucedido gobiernos monocolors —Partido Nacionalista Vasco (PNV)—, coaliciones de 2 partidos —(PNV-Partido Socialista de Euskadi (PSE/PSOE); PNV-Eusko Alkartasuna (EA)— o de 3 —(PNV-EA-Izquierda Unida (IU)/Esaños en Blanco (EB)—, o monocolor del PSE con apoyo parlamentario del Partido Popular (PP). En Galicia, Canarias, Aragón, Baleares, Navarra o Cantabria, donde existen partidos autonómicos más o menos sólidos, también ha habido mayorías muy variables, monocolors o con fórmulas de coalición.

⁴⁵ En rigor, sólo Convergència i Unió (CiU) y Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) se han presentado en todas las elecciones con la misma fórmula, dado que los socialistas han ensayado varias posibilidades: Partido de los Socialistas de Cataluña (PSC)-Partido Socialista Obrero Español (PSOE), 1980-1995; PSC-Ciutadans pel Canvi (CPC), 1999-2006, y, finalmente, sólo PSC, 2010 y 2012.

⁴⁶ En 1980 Centristes de Catalunya-Unión de Centro Democrático (UCD) logró 18 escaños, como cuarta fuerza política del Parlament, mientras que Solidaritat Catalana (SC) —“marca catalana” de Alianza Popular— no obtuvo representación. En 1984, la Coalición Popular —Alianza Popular (AP)-Partido Demócrata Popular (PDP)-Unión Liberal (UL)— ascendió al tercer lugar, con sólo 11 diputados. En 1988, AP y Centro Democrático y Social (CDS) quedaron como cuarta y sexta fuerza, con 6 y 3 escaños, respectivamente. Desde 1992, el Partido Popular (PP) monopoliza esta parte del espectro político y parlamentario con resultados muy variables, tanto en escaños como en su posición relativa: así, ocupó la quinta plaza en 1992, con 7 escaños; la cuarta en 2003, 2006 y 2012 (con 15, 14 y 19, respectivamente), y la tercera en 1995 (con 17), 1999 (con 12) y 2010 (con 18).

Cataluña, en la sustitución del Partit Socialista Unificat de Catalunya (PSUC) por una Iniciativa per Catalunya que ha comparecido con fórmulas similares, pero diversas.⁴⁷

- d) De este modo, el núcleo duro del Parlamento catalán ha estado formado, desde 1980, por 5 grandes formaciones: 2 de naturaleza nacionalista y ámbito estrictamente catalán (CiU y ERC),⁴⁸ y otras 3 vinculadas a proyectos y partidos de ámbito nacional: PSC-PSOE, UCD-PP, y PSUC-ICV (con sus diversas variantes).
- e) Junto a ellas, en estas tres décadas de existencia el Parlament de Catalunya ha contemplado la aparición de otros (pocos) partidos que no han dejado de ser rigurosamente minoritarios (entre 2 y 4 escaños). Algunos de ellos, efímeros, sólo perduraron durante una legislatura.⁴⁹ Otro (Ciutadans-Ciudadanos) ha logrado mantenerse ya en 3 (desde 2006), al subir de 3 escaños a 9 en 2012. Finalmente, la Candidatura d'Unitat Popular (CUP) accedió a la Cámara en 2012, con 3 escaños.

Corrientes subterráneas. Nacionalización del sistema de partidos

Un examen global de esta evolución permite apreciar, en esa aparente estabilidad, una clara disposición hacia lo que se podría denominar la catalanización o nacionalización del sistema catalán de partidos. Una

⁴⁷ Iniciativa per Catalunya logró, en 1988 y 1992, 9 y 7 escaños que la convirtieron, respectivamente, en tercera y cuarta fuerza parlamentaria. En 1995, como Iniciativa per Catalunya-Els Verds (iCV), 11 escaños (quinta fuerza); en 1999, iCV comparecieron por separado, en una circunscripción; y en coalición con el Partido de los Socialistas de Cataluña (PSC), en otras 3, y, desde 2003, la coalición iCV se ha ampliado con Esquerra Unida i Alternativa (EUIA), consiguiendo entre 9 y 13 escaños, y quedando como cuarta fuerza (en 2010) o quinta (en 2003, 2006 y 2012).

⁴⁸ Recuérdese cuanto se ha dicho antes acerca de la voluntad expansiva de estas formaciones, vinculada a una noción de los *Països Catalanes* que englobaría, como mínimo, territorios de las comunidades autónomas españolas de Cataluña, Valenciana, Islas Baleares... y de Francia (Catalunya-Nord).

⁴⁹ Tal fue el sorprendente caso del Partido Socialista de Andalucía-Partido Andaluz (PSA-PA) que, en las primeras elecciones autonómicas de 1980, logró 2 escaños, convirtiéndose en la sexta fuerza del Parlamento. Lo mismo ocurrió con el ya citado CDS —Centro Democrático y Social— (3 diputados en 1988), o con Solidaritat Catalana per la Independència (4 escaños en 2010).

tendencia que implica la definición de un terreno de juego político propio, en el que las relaciones entre partidos (incluyendo, por supuesto, aquéllas dirigidas a formar o sustentar gobiernos autonómicos y nacionales, como se ha dicho) se articulan en la base de proyectos y actuaciones de ámbito esencialmente autonómico.

Esta interpretación también encuentra respaldo en diversos datos, algunos de éstos ya apuntados:

- 1) En primer lugar, las únicas formaciones políticas relevantes que no han experimentado ningún cambio en cuanto a sus señas de identidad son CIU y ERC. Dicho de otro modo, las fuerzas nacionalistas son las únicas jugadoras que se han encontrado lo suficientemente cómodas en el terreno de juego como para no necesitar ninguna adaptación esencial.
- 2) *A contrario sensu*, cabe destacar la experiencia opuesta de los partidos vinculados con otros de ámbito nacional: desde los inicios de la transición, casi todos los partidos nacionales han optado por concurrir a las elecciones en Cataluña con una identidad (marca) propia y diferenciada.⁵⁰
 - a) Esta evolución resulta especialmente significativa en el caso del PSC, por su tradicional carácter de partido mayoritario (núcleo del *govern* o de la oposición), y cuya tradicional configuración como PSC-PSOE ha ido dejando paso, con el tiempo, a otras que han resaltado su identidad preferentemente catalana, oscureciendo correlativamente la nacional. Así, desde 1995, las siglas PSOE se han ido desvaneciendo, de modo que los socialistas han comparecido como PSC-CPC (1999-2006) o, simplemente, como PSC (desde 2010). Y, como se ha mencionado, su acceso al gobierno autonómico, entre 2003 y 2010, ha sido posible gracias a una coalición con ERC (un partido abiertamente independentista) e ICV. Por esto, no es de extrañarse que este periodo estuvo dominado

⁵⁰ Baste con mencionar las siglas del Partido de los Socialistas de Cataluña (PSC-PSOE), (PSUC), Centristes de Catalunya-Unión de Centro Democrático (UCD), Iniciativa per Catalunya Verds (ICV) o la ya referida Solidaritat Catalana (SC), como marca catalana de Alianza Popular (AP), en las primeras autonómicas. No se trata, pues, de añadir las siglas autonómicas a las del partido —como en el caso del Partido Popular de Cataluña (PPC)—, sino de dotarse de un nombre (y unas siglas) diferenciado.

por debates con un fuerte elemento identitario, como los relativos al nuevo Estatuto de Autonomía o al derecho a decidir.

De cualquier modo, este dato no puede ser interpretado aisladamente, sino en confluencia con otros que exceden el ámbito autonómico. Así, cabe recordar que, desde 2000 hasta 2011, el PSC formó candidaturas conjuntas para el Senado con quienes serían sus socios en el gobierno de Cataluña: ERC e ICV. Por consiguiente, desde la VII Legislatura, en esta Cámara los senadores socialistas catalanes no están integrados en el grupo parlamentario socialista, sino en otro diferente junto con estos socios, haciendo, pues, prevalecer el elemento territorial por encima del estrictamente político y partidista a la hora de definir su identidad institucional en este ámbito.

En el mismo sentido, cabe interpretar las voces que recurrentemente, en los últimos años, reclaman la formación de un grupo parlamentario propio de los socialistas de Cataluña en el Congreso de los Diputados: en este caso, no se trataría de confluir con otros grupos de izquierda catalana, sino simplemente de otorgar visibilidad institucional, en el órgano de representación de la soberanía nacional, a la identidad diferenciada (catalana), frente a la común (socialista).⁵¹

- b) Asimismo, y aunque su significación sea menor, ICV ha reforzado su perfil diferenciado, especialmente (de nuevo) en las cortes generales: en el Congreso, sus diputados (hasta 1997 integrados en el grupo de IU) pasaron en esa fecha al grupo mixto, tras la crisis que dio lugar a la escisión de la corriente Nueva Izquierda y que, en Cataluña, implicó la creación de ICV y su práctica ruptura con IU. Esa situación se mantuvo hasta que, en 2004, ambas formaciones volvieron a crear un grupo parlamentario conjunto, pero ya con una denominación y una organización que recogía la diferente identidad de ambas: el grupo de Izquierda Unida-ICV (con portavoces diferentes, que se distribuían los turnos de palabra que les correspondían) que, desde 2008, acoge a otros partidos infraestatales (ERC, primero; CHA, actualmente).

⁵¹ Se puede comprobar que la página web del Partido de los Socialistas de Cataluña (PSC) (<http://www.socialistes.cat/ca>) apenas menciona su vínculo con el Partido Socialista Obrero Español (PSOE).

- 3) Las nuevas formaciones parecen confirmar esta tendencia. En particular, por la paradójica pujanza de un partido catalán con un mensaje claramente constitucionalista y no nacionalista —Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía (c's)—, que puede convertirse en un hecho diferencial añadido. Efectivamente, en todas las convocatorias electorales desde 2006, c's ha conseguido implantarse en Cataluña, pero no ha obtenido ningún respaldo fuera de ésta. Mientras que una formación de corte similar, como es UPyD, ha obtenido resultados decorosos en otras zonas de España, sin dejar de ser un partido nacido en Cataluña. Por decirlo en otros términos, la falta de acuerdo —al menos hasta ahora— entre c's y UPyD puede determinar que un espacio político similar sea ocupado por dos partidos diferentes, uno en Cataluña y otro en el resto de España, lo cual, obviamente, refuerza las tendencias diferenciadoras entre los dos ámbitos, en tanto estas organizaciones persiguen, en definitiva, el apoyo de electorados distintos, con intereses a veces contrapuestos, lo que les obligará a articular proyectos diferentes.⁵²

⁵² Como se señalaba anteriormente, estas reflexiones omiten las posibilidades que, tras las últimas elecciones europeas de mayo de 2014, parecen abrirse tras el éxito —inesperado y de ámbito nacional— de Podemos y también, en cierta medida, de Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía (c's), que ha logrado cierta presencia fuera de Cataluña. En todo caso, al redactar estas líneas las posibilidades de acuerdo entre esta última formación y Unión Progreso y Democracia (UPyD) parecen desvanecerse.

Jean-Claude Colliard en México. Mayorías parlamentarias y segunda vuelta electoral

Marcela Bravo Ahuja*

Conocí a Jean-Claude Colliard, amigo de amigos, por el generoso gesto que tuvo al invitarme, durante el año sabático que disfruté de 2011 a 2012, a pasar un año en la Universidad de París I, de la cual era rector. Le habían platicado de mi trabajo, pero nuestras primeras conversaciones trataron acerca de la pintura en México, de la cual era aficionado, como yo. Para entonces, aún no había leído algunos de sus artículos y ponencias que hoy conozco; no creí que mi trabajo, con datos duros de la evolución del sistema de partidos en México en distintos ámbitos de la política, pudiera realmente interesarle.

Fue en la Sorbona cuando Colliard me hizo preguntas puntuales acerca de la fuerza y territorialidad de los distintos partidos en México, que entendí, uno, que tenía información referente al sistema mexicano de partidos, la cual quería precisar con preguntas inteligentes y, dos, que nuestros intereses convergían. Me pidió que le explicara cuántos jugadores participaban en México según el tipo de contiendas (Bravo 2010) y también qué tanto la penetración territorial del Partido Revolucionario Institucional (PRI) explicaba su ya para entonces inminente regreso al Poder Ejecutivo. Lo había ido a ver para invitarlo a la mesa redonda México 2012: Cita Electoral y Desafíos Estratégicos, que

* Doctora en Ciencia Política y profesora de carrera de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Jean-Claude Colliard en México

organizaba como parte de mi trabajo. Le agradecí enormemente que me hiciera el honor de fungir como moderador. Lo hizo. Así era de amable.

A Jean-Claude Colliard, como a tantos franceses, le gustaba mucho México. Había hecho relación con algunos protagonistas de la evolución política de México, por medio de sus instituciones electorales; con ellos llegó a colaborar. Además, con cierta frecuencia, era invitado por exalumnos mexicanos que habían ido a Francia a estudiar. El 26 de enero de 2010, participó en un seminario que organizó el Senado de la República para revisar la iniciativa de reforma política que a finales de 2009 había dado a conocer el entonces presidente Felipe Calderón.

El tema que presentó hablaba de su formación como discípulo de Maurice Duverger. Sus comentarios aún están vigentes, ya que su intervención consistió en una visión comparada del mecanismo de segunda vuelta electoral. Cabe señalar que, en efecto, en México no ha habido consenso respecto de este tema y que sigue en el aire después de la reforma en que culminó la iniciativa mencionada, es decir, la de 2011-2012, y aún después de la de 2013-2014, cuando en nuevas circunstancias políticas, luego del triunfo electoral de Enrique Peña Nieto en 2012, se retomó la discusión.

Colliard sabía que la construcción de mayorías es un asunto central en el funcionamiento de las democracias modernas. Al respecto trató en su tesis doctoral con la tutela de Duverger. Entonces, su trabajo se refirió a los regímenes parlamentarios (Colliard 1978); más adelante amplió su reflexión a los presidenciales. Sabía que la ciencia política tiene mucho que decir en ingeniería constitucional; que de esta ingeniería depende la facilidad o dificultad para obtener mayorías; que no hay soluciones perfectas; que las posiciones suelen ser interesadas, pues las normas afectan los resultados electorales, y que en su análisis académico debe tomarse en cuenta no sólo el régimen, sino también las características de los partidos y el sistema en el que conviven, la correlación de las distintas fuerzas políticas, sus alianzas y, en particular, las coaliciones que pueden desarrollar, así como su continuidad y estabilidad. Sabía que la ciencia política tiene mucho que aportar en el debate de las normas electorales, que los posicionamientos suelen ser políticos, pero que los políticos a menudo malentienden o desconocen

las consecuencias de las normas que aprueban. La suya era, como algunos han expresado, una visión estratégica (Dreyfus y Lochak 2014).

En 2010, en el Senado, su intervención fue breve, modesta para algunos, pero elocuente para quienes lo seguimos y lo entendimos. Dijo que las segundas vueltas eran fáciles en sistemas esencialmente bipartidistas, pero delicadas en circunstancias de un multipartidismo con tres partidos principales. Señaló que si bien la segunda vuelta es considerada ventajosa, como fuente de legitimidad presidencial puede ser una limitante e incluso un obstáculo para el buen funcionamiento democrático. Sin expresarse de más —insinuando con elegancia que era el caso mexicano—, Colliard dejó en claro —al menos en mí— que en una democracia joven con pluralidad creciente, con un sistema multipartidista desordenado en el que coaliciones pragmáticas y volátiles de los partidos más importantes con los menos representativos, e incluso entre partidos de oposición relevantes, en la que se resuelven contiendas cada vez más cerradas, las segundas vueltas podían debilitar el sistema de partidos y afectar el desarrollo político alcanzado.

Sus palabras no se entendieron del todo, pues, como se dijo, la discusión prosigue en el país y ocupó espacio otra vez en 2013 (si bien en esta coyuntura fue abandonada ante la relevancia abrumadora de la intención que llegó a término de disolver el Instituto Federal Electoral [IFE] y remplazarlo por el Instituto Nacional Electoral (INE), cuyo Consejo General es responsable de la designación de los consejeros de los órganos electorales estatales, de cuya labor no estará ausente), y sigue particularmente en la agenda del Partido Acción Nacional (PAN), en el marco de la necesidad de lograr mayorías en el Congreso que faciliten la gestión gubernamental. En este sentido, no es fortuito que el PRI haya expresado su intención de promover una consulta popular respecto de la reducción de 100 diputados federales plurinominales y 32 senadores de representación proporcional (Baranda 2014). En honor a Jean-Claude Colliard, vale la pena retomar esta discusión.

La segunda vuelta es una demanda panista que ha obtenido apoyo irregular por parte del Partido de la Revolución Democrática (PRD), mientras que el PRI se sigue oponiendo a ella. Igualmente cabe reconocer que es bien vista por muchos especialistas, en particular, recuerdo que al menos lo fue por el expresidente del IFE y destacado politólogo Leonardo Valdés, quien en un momento dado declaró que podría

Jean-Claude Colliard en México

ayudar a evitar conflictos derivados de elecciones cada vez más competidas y con resultados apretados. En la misma línea, también se alude en su defensa que de 50 países en los que el jefe de Estado es electo por sufragio universal —como en México—, 40 contemplan el mecanismo contra 10 que no lo hacen.

De tal manera, me surge la duda de si México debería inclinarse inevitablemente por las fórmulas más populares y frecuentes de ingeniería institucional; respondo con un rotundo no. No debe tomarse una decisión precipitada al respecto, es decir, instaurar la segunda vuelta con falsas razones y por intereses políticos que pueden no medir sus consecuencias, pues paradójicamente esto podría debilitar el sistema de partidos, ya endeble, y producir enfrentamientos complicados. Aceptar la segunda vuelta sin una discusión de fondo no puede ser parte de ningún precio político a pagar, por urgente que parezca a quienes impulsan tal mecanismo porque creen que los puede beneficiar.

Quienes justifican la segunda vuelta lo hacen por dos razones: legitimidad y gobernabilidad. En lo que se refiere al primer punto, no es seguro que la receta le genere más legitimidad a la figura del presidente de la República, en la medida en que los arreglos cupulares entre los partidos para producir las coaliciones, que para tal efecto se conformen, en los hechos pueden distorsionar la primera voluntad de los electores. Es más, aun sin coaliciones, a veces puede darse el caso de que la segunda vuelta distorsione esta primera voluntad. Lo explico como lo hacía Colliard.

De acuerdo con su propio hijo (Dreyfus y Lochak 2014), le gustaba mucho el teorema de Arrow, según el cual ningún sistema de voto puede garantizar propiedades básicas, sea cual sea la preferencia de los electores entre los distintos candidatos; es decir, que en el proceso de construcción de la voluntad colectiva a partir de voluntades individuales, no siempre se produce un resultado perfecto. En consecuencia, no existe ningún sistema superior a los demás, por lo que el objetivo debe ser la búsqueda del mejor sistema posible, en determinadas circunstancias políticas. En efecto, las alineaciones de los electores pueden ser problemáticas. En concreto, mediante una segunda vuelta se puede llegar a resultados no deseados, lo cual se puede ilustrar de la siguiente manera.

Piénsese en tres candidatos, A, B, y C, y 120 electores. En el entendido de que las preferencias pueden ordenar a los candidatos de seis maneras, una distribución hipotética de los electores en una primera vuelta electoral podría resumirse como en el cuadro 1.

Cuadro 1

Primera opción electoral	Segunda opción electoral	Tercera opción electoral	Número de votantes por clasificación	Subtotales en la primera vuelta
A	B	C	40	48
A	C	B	8	
B	A	C	8	32
B	C	A	24	
C	A	B	8	40
C	B	A	32	

En tal caso, en la segunda vuelta se presentarían A y C, y en el supuesto de que las preferencias se mantuvieran estables, C le ganaría a A, a pesar de que en la primera vuelta hubieran votado 8 electores más por A que por C. En efecto, C contaría con 64 electores, sombreados en el cuadro, mientras que A se quedaría con 56.

El ejemplo demuestra bien que las consecuencias desconcertantes que puede producir una segunda vuelta aumentan con el número de candidatos y la mayor dispersión del voto en la primera vuelta. Esta dificultad obliga a regresar a preguntas básicas.

¿Cómo definir el porcentaje mínimo de votos que debe tener un candidato para ser legítimo? ¿Qué diferencia de puntos debe mantener respecto del segundo lugar? Es indudable que depende del número de partidos, cuestión que no ha aparecido en el debate acerca de la segunda vuelta, como tampoco se toman en cuenta el grado de fortaleza de los partidos, las dimensiones de la competencia partidista, el grado de concentración del electorado o la lógica que impera en la conformación de coaliciones, elementos todos que deben ser considerados en la discusión. A mi manera de ver, Colliard quiso advertir al respecto en su ponencia de 2010 en el Senado: la segunda vuelta puede ser disfuncional.

Jean-Claude Colliard en México

Además, la legitimidad de origen de un mandatario, que puede revertirse en el ejercicio de gobierno, depende de varios factores adicionales a un resultado electoral que refleje suficiente margen de ganancia, como la transparencia de los procesos. Al respecto, en México hay instituciones que durante los últimos años han organizado bien los procesos electorales y contado bien los votos, pero éstos no han logrado plena credibilidad; el déficit ha sido mayor en las elecciones estatales que en las federales. Sin embargo, las elecciones presidenciales, tanto de 2006 como de 2012, aun siendo federales, produjeron impugnaciones debido a su importancia. Así, no se logrará una credibilidad total en los procesos electorales mientras se siga sospechando de un involucramiento de las autoridades, mientras no haya control pleno de los recursos y de su uso en las campañas ni mientras los perdedores no se acepten como tales y obtengan ventajas políticas al señalar que las elecciones fueron fraudulentas, aun si no pueden probar que lo hayan sido.

¿Quién puede garantizar que los resultados de una segunda vuelta electoral no sean también cerrados? ¿Quién puede garantizar que la segunda vuelta evite impugnaciones?

La segunda vuelta parece oportuna para sistemas de partidos, ya sea bipartidistas —como sostenía Colliard— o en el otro extremo —para mí— en sistemas aún más fragmentados y dispersos que el mexicano. En el país, el sistema de partidos está en crecimiento, dada la importancia cada vez mayor de los partidos minoritarios, y crecerá más con la entrada en escena de tres nuevos partidos: Encuentro Social, Humanista y Movimiento Regeneración Nacional, de Andrés Manuel López Obrador, quien fuera dos veces candidato presidencial por el PRD y quien se separó de éste. No obstante, es aún de tres partidos grandes, PRI, PAN y PRD, que son los que cuentan en el diseño de las políticas públicas nacionales, como lo hicieron durante la primera etapa del sexenio actual mediante el Pacto por México. De tal forma, funcionan como partidos cártel (Mair y Katz 2004).

Debido a la intensa competitividad entre éstos, en el ámbito subnacional tienden a hacer coaliciones pragmáticas y frágiles con los partidos minoritarios, e incluso entre los propios partidos grandes. En este contexto, PAN y PRD, sobre todo, sufren una gran tensión, la cual, sumada a sus características de origen, produce partidos poco unificados.

En consecuencia, podrían verse afectados por las decisiones que tomen sus líderes respecto de su inclusión en determinadas coaliciones, con vistas a segundas vueltas presidenciales, y podrían perder aún más representatividad. De todo esto podría resultar un mayor debilitamiento del sistema de partidos.

En suma, en el entendido de que las ingenierías institucionales nunca son perfectas, debe reconsiderarse la posibilidad de instaurar segundas vueltas electorales en México, sin presuponer que la fórmula contiene puras bondades. En principio, cuestiono que la democracia y el sistema de partidos en México estén suficientemente maduros para ésta, y no —tal como algunos sostienen— porque sea mejor transitar hacia gobiernos de coalición y ambos mecanismos sean excluyentes. De hecho, no lo son. También es cuestionable que tanto gobiernos de coalición como segundas vueltas sean los únicos mecanismos que pueden producir mayor gobernabilidad en el país; debe entenderse que detrás de esto se invocan los problemas que genera la falta de mayorías parlamentarias en México, fruto de gobiernos divididos desde 1997.

Por otra parte, la ingobernabilidad que producen los gobiernos no unificados puede atenuarse mediante una política negociadora del Ejecutivo con las distintas fuerzas expresadas en el Congreso. Un buen oficio político puede conseguir una actitud cooperadora por parte de los legisladores, la cual, sin embargo, puede ser endeble sin gobiernos de coalición, como lo fue el mencionado Pacto por México y como lo demostró la confrontación que precedió a las elecciones de 2015.

Asimismo, cabe advertir que existen otros mecanismos que se han mencionado para conseguir mayorías, como la restructuración de la composición del Congreso (o sea, de la proporción de representantes de mayoría y de representación proporcional), pero también la redefinición de los límites de sobrerrepresentación.

Respecto del primer mecanismo, la composición mixta del Poder Legislativo que existe en México con diputados y senadores uni y plurinominales (lo que es un sinsentido) es poco usual. Los legisladores pluris potenciaron la democratización del país; ahora la democracia en progreso hace pensar a algunos que podrían desaparecer o al menos disminuir. Otros, por el contrario, defienden una representación exclusivamente plurinomial. Por obvias razones, las posiciones de los partidos se desprenden del cálculo de los resultados electorales que

Jean-Claude Colliard en México

obtendrían con cada normatividad y varían según su fuerza y penetración territorial. En este sentido, deben medirse las consecuencias de la ingeniería final que se apruebe y buscar el mejor equilibrio posible en el entendido de que, como dijera Sartori (1980), la combinación de diputados plurinominales, con régimen presidencial, muy probablemente produciría gobiernos divididos.

Por lo que concierne al asunto de los límites de sobrerrepresentación, debe recordarse que ha generado largas discusiones en los últimos años y que, al respecto, también se presentan opiniones politizadas. Desde luego que extender los límites de sobrerrepresentación sería una fórmula fácil de construir mayorías que, dicho sea de paso, beneficiaría, sin duda alguna, al PRI.

De tal forma, los dos mecanismos deben estudiarse en función de qué tanto se distorsionaría la voluntad popular de cara a la conversión de votos en escaños, en el sentido de que los partidos con mayor concentración de votos y menor capacidad de ganar distritos uninominales se verían subrepresentados.

Ahora bien, quiero hacer hincapié en mecanismos adicionales relacionados a cuándo se vota y cómo se cuentan los votos que no han sido considerados en el país, para hacer viable una mayor gobernabilidad, aunque no evitan en automático que haya gobiernos divididos. En primer lugar, ha sido mal apreciado en México el asunto de los calendarios electorales, pues de hecho si se pensara en que la elección presidencial no tiene por qué coincidir con las legislativas, sino que éstas deberían ser posteriores a la primera, el ajedrez de la política podría llevar a que el candidato presidencial ganador tuviera más margen de maniobra para conseguir mayoría en el Congreso. Sin embargo, es difícil considerar en el caso mexicano una solución de este tipo, cuando equivocadamente se ha venido caminando hacia la organización de elecciones simultáneas en varios ámbitos del poder, so pretexto de desahogar el trabajo de los partidos y de las instituciones electorales. En cambio, en el resto del mundo la tendencia es contraria, pues se ha medido que, por efecto del arrastre del voto, las elecciones concurrentes producen menos ganadores y generan menor representatividad.

En efecto, de acuerdo con Colomer (2001), las elecciones separadas para diferentes cargos, a diferencia de las coincidentes, facilitan que los votantes elijan entre diferentes partidos políticos según sus preferencias en diferentes temas de discusión, en la medida que también

crece su agenda electoral. En este sentido, las elecciones separadas son propias de regímenes complejos que incentivan que los votantes elijan de acuerdo con su posicionamiento frente a un debate ampliado, que voten de un modo diferente para diversos cargos y dividan el gobierno entre más fuerzas. Por lo mismo, los regímenes complejos satisfacen mejor a los ciudadanos, lo que quiere decir que presentan mejores resultados en cuanto a su utilidad social. Las elecciones separadas están asociadas a mayor representatividad y mayor pluralismo político y son consideradas como un medio para limitar el poder, por lo que son vistas por el autor como mejores fórmulas, que llevan a que las opciones de más votantes se tomen en cuenta en el diseño de políticas públicas.

Sin embargo, el tema es controvertido, pues también se ha demostrado que las elecciones separadas pueden estar asociadas a mayor diversidad política, pero no producir mayorías parlamentarias estables, mientras que con las elecciones coincidentes sucede lo contrario. Al menos es lo que han demostrado Shugart y Carey (1992). De cualquier modo, con la experiencia acumulada de varias elecciones que ya se han llevado a cabo con calendarios simplificados, el asunto debe reconsiderarse para el caso mexicano.

Otro mecanismo sería aplicar métodos de voto más sofisticados que se desconocen en México. Así, en el método de Borda (Colomer 2001), los electores le pueden dar puntos en orden creciente a los candidatos que les parezcan deseables; en ese caso ganaría quien menos puntos obtuviera, en el entendido de que los candidatos indeseables tendrían la mayor puntuación. También podría haber un cierto número de puntos a repartir entre los candidatos y se podrían otorgar varios a algunos; en este caso ganaría el candidato con más puntos. Supuestamente, este método traduce mejor las preferencias, aunque puede ser distorsionado por voto no sincero, con vías a afectar a algún candidato; sin embargo, esto no difiere del voto útil.

La principal conclusión de estas reflexiones, cuya intención es homenajear al amigo de mis amigos, es reconocer la complejidad del análisis de la gama de alternativas disponibles para reglamentar cualquier democracia y recordar que la discusión en torno a éstas nunca es neutra por parte de los interesados. La tarea del académico debe consistir en alertar a los competidores, y sus representantes, acerca de los resultados no deseados a los que pueden conducir sus posturas y acuerdos.

Jean-Claude Colliard en México

Por último, no quiero dejar de señalar un ejemplo de esto, por estar presente en la actualidad política, a saber, la deformación que al parecer está teniendo la consulta popular en México, un instrumento que debiera ser ágil para enriquecer las democracias representativas y que fue golpeado en la reglamentación que se acordó al respecto, mediante trabas relativas a su solicitud, temáticas abordables y capacidad vinculante. Así, se vio que los partidos políticos son los únicos que cuentan con la maquinaria para su organización, la cual pusieron en marcha para golpearse mutuamente y de manera informal estar en precampaña con miras a las contiendas de 2015. En este contexto, el PRI regresó al asunto de la reducción de plurinominales, tan popular en tiempos de desconfianza hacia los políticos, un tema de consulta inteligente de frente al interés de las izquierdas por cuestionar la reforma energética, un tema que compite también con el que el PAN propuso en relación con el salario mínimo. De tal suerte, la discusión acerca de la construcción de mayorías quedó enredada en la coyuntura preelectoral y fue abordada irresponsablemente, además de que la consulta popular fue secuestrada por intereses partidistas.

Fuentes consultadas

- Baranda, Antonio. 2014. "Plantea PRI eliminar 100 pluris". *Reforma*, 20 de agosto, sección Nacional.
- Bravo Ahuja, Marcela. Sobre una nueva reforma política para México. En *Memoria del 4° Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*. México: IEEM [en prensa].
- . 2010. *Realineamiento y alternancia en el Poder Ejecutivo en México, 1988-2009*. México: UNAM-Gernika.
- Colliard, Jean-Claude. 1978. *Les régimes parlementaires contemporains*. París: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques.
- . 1984. Les partis dans l'élection présidentielle. En *Mélanges Claude-Albert Colliard*. París: Perdone.
- . 2003. Le contrôle de la régularité des élections en France. En *Les élections et la démocratie*, eds. Adam Jamroz y Michel Lesage, 131-154. Polonia: Ediciones de la Universidad de Bialystok.
- Colomer, Joseph M. 2001. *Instituciones políticas*. Barcelona: Ariel.
- Dreyfus, Francise y Daniele Lochak. 2014. *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*. París: Editorial Dalloz.
- Mair, Peter y Richard S. Katz. 2004. "El partido cártel. La transformación de los modelos de partidos y la democracia de partidos". *Zona Abierta* 108-9: 9-42.
- Sartori, Giovanni. 1980. *Partidos y sistemas de partido. Marco para un análisis*. Madrid: Alianza Universidad.
- Senado de la República. 2010. *Seminario de Análisis de la Reforma Política*, 25 al 26 de enero, en la Ciudad de México.
- Shugart, Matthew y John Carey. 1992. *Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press.

François Hollande et le Fait Majoritaire, ou la Naissance d'un Fait Majoritaire Contestataire

Jean-Philippe Derosier*

Dans l'image que les Français ont de plus en plus de la vie politique, le chef de l'État doit avoir, à un moment donné, le plus longtemps possible, une primauté par rapport à tous les autres organes de l'État.

Jean-Pierre Chaudet

La recherche d'une large majorité autour du Président est une condition de son action. La stratégie actuelle est de devenir le maître d'un sous-système, pour pouvoir après diriger l'ensemble.

Jean-Claude Colliard¹

Jean-Claude Colliard était l'un de ceux qui incarnait le mieux ce mélange et cette complémentarité entre le droit constitutionnel et la science politique. Il comptait parmi les derniers agrégés « de droit public et de science politique », en 1972² et l'ensemble de ses travaux, à l'université et au-delà, illustre parfaitement ce mélange des genres, dont il a su user sans abuser, comme il se doit. Professeur des universités, directeur de cabinet du Président de la République (François Mitterrand, de 1981 à 1988) puis du Président de l'Assemblée nationale (Laurent Fabius, de 1988 à 1992), membre du Conseil constitutionnel (de 1998 à 2007), plusieurs fois membre de comités d'experts et de la Commission de Venise, il était homme de science et homme de terrain, son parcours et ses connaissances lui ayant permis de nourrir le droit constitutionnel de nombreuses réflexions de science et de pratique politiques. C'est donc tout naturellement

* Professeur des Universités à l'Université de Rouen, membre du CUREJ EA 4703, Directeur scientifique de la revue *Jurisdoctrina*.

¹ *Pouvoirs* n° 4 (1982: *La V^{ème} République*), p. 128 et p. 121.

² Jusqu'en 1972, le concours d'agrégation ne distinguait pas le droit public de la science politique et ce n'est qu'à partir de 1974 que deux concours distincts ont vu le jour.

que les *Mélanges* qui lui ont été offerts mettaient en avant son sens de l'État, sa connaissance du Droit, son expertise du (monde) Politique, en montrant comment l'on pouvait « Penser » et « Éprouver » ses thèmes les plus chers, que sont « le droit », « les institutions », « les modèles électoraux » et « la science politique ».³ Pour offrir une contribution à ce recueil qui en constitue le juste prolongement, il fallait un thème illustrant ces associations: un autre François devenu Président de la République allait nous l'offrir. L'étude d'une nouvelle catégorie de fait majoritaire permet de se situer carrefour du droit constitutionnel et de la science politique, à mi-chemin entre les questionnements institutionnels et électoraux.

Initialement prévue pour pallier l'absence de majorité grâce à des mécanismes puissants de rationalisation du parlementarisme,⁴ la V^{ème} République a connu le fait majoritaire et s'est donc transformée en démocratie majoritaire à partir de 1962. Conséquence de la loi électorale et de la bipolarisation due à l'élection présidentielle, il se traduit par l'existence d'une majorité claire et stable à l'Assemblée nationale, à même de soutenir durablement le Gouvernement. C'est bien en 1962 qu'il apparaît, même si la bipolarisation elle-même se précisera au fil des élections postérieures: la succession du *referendum* sur l'élection au suffrage universel direct du Président de la République (28 octobre 1962), voulu par le Général de Gaulle et dans lequel il s'engage personnellement et des élections législatives (18 et 25 novembre 1962), dues à la dissolution prononcées le 10 octobre 1962 en réponse à la censure du Gouvernement de Georges Pompidou, va l'installer dans la vie politique et institutionnelle.⁵ En effet, ce

³ *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, Paris, 2014.

⁴ « Parce qu'en France la stabilité gouvernementale ne peut résulter d'abord de la loi électorale, il faut qu'elle résulte au moins en partie de la réglementation constitutionnelle, et voilà qui donne au projet son explication décisive et sa justification historique. Si nous voulons que le futur régime parlementaire de la démocratie française ne connaisse qu'un gouvernement par législature, il n'est pas possible d'agir autrement », allocution de Michel Debré, garde des Sceaux, ministre de la Justice, devant le Conseil d'État, 28 août 1958, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La documentation française, Paris, vol. III, 1991, p. 261. Dans le même sens, Jean-Claude COLLIARD, « Un régime hésitant et déséquilibré », in *Pouvoirs* n° 4 (1982: *La V^{ème} République*), p. 120.

⁵ « L'arrivée du fait majoritaire en France est intimement liée à la fois à la crise du régime au cours de l'année 1962 et aux résultats de la dissolution de l'Assemblée nationale décidée le 9

referendum introduit la logique bipolaire entre les partisans du « oui » et ceux du « non », qui se traduit en une séparation entre ceux qui soutiennent le Général de Gaulle et ceux qui s’y opposent. Les élections législatives qui suivent reproduisent ce clivage, renforcé par le mode de scrutin uninominal majoritaire à deux tours: il ne s’agit plus tant d’élire des députés à l’Assemblée nationale que de soutenir, ou non, le Président de la République en lui offrant, ou non, une majorité.⁶

Depuis lors, les élections présidentielles et leur mode de scrutin sont venues confortées cette bipolarisation, dès 1965, lorsque Charles de Gaulle est mis en ballottage par François Mitterrand, et surtout à partir de 1974 et 1981: « le mode de scrutin incite fortement à la bipolarisation du système des partis. Celui-ci était depuis le début du siècle éclaté, morcelé, fragmenté. Avec la V^{ème} République il est devenu bipolaire. [...] En n’autorisant que les deux candidats arrivés en tête à l’issue du premier tour à s’affronter au second tour, le système électoral s’est mécaniquement polarisé autour du clivage gauche-droite ».⁷ Ainsi, l’élection présidentielle structure le paysage politique français car, en raison de cette présence de deux candidats au second tour et de deux seulement, chaque parti politique et chaque électeur

octobre 1962 par le général de Gaulle », Éric PERRAUDEAU, « Le système des partis sous la V^{ème} République », in *Pouvoirs* n° 99 (2001: *La nouvelle V^{ème} République*), p. 105.

⁶ *Ibidem*, pp. 109 et s.

⁷ *Ibidem*, p. 105. L’auteur d’ajouter: « Certes, l’élection du président de la République au suffrage universel direct n’a naturellement pas produit immédiatement une bipolarisation des forces politiques, même si, dès 1965, le général de Gaulle est contraint d’affronter au second tour – éventualité qu’il n’avait pas envisagée – François Mitterrand. Ce n’est réellement qu’en 1974 et surtout en 1981 que cette bipolarisation apparaîtra nettement. Mais la logique bipolaire est d’ores et déjà enclenchée. La force centrifuge de l’élection présidentielle fut la plus forte ». Voir également la position de Michèle Cotta, plus ancienne: « Mais le scrutin majoritaire apparut bientôt comme générateur d’un autre trouble, autrement plus traumatisant pour la vie nationale: la bipolarisation [...]. Certes le scrutin législatif majoritaire n’est-il pas le seul responsable de cette coupure, due, pour la plus grande part, à l’élection du Président de la République au suffrage universel au deuxième tour d’une élection majoritaire nationale. Mais le scrutin majoritaire législatif a répercuté, dans la France entière, la division en deux blocs à peu près identiques, entre opposants et partisans du gaullisme, entre gauche et droite. Les 50-50 fatidiques à l’échelon national se retrouvaient partout en province. Plus: c’est le scrutin majoritaire aux présidentielles et aux législatives qui a obligé, dès 1962, les partis de l’opposition, communistes, socialistes, puis radicaux sensibles aux références et aux idéologies de la gauche, à s’unir comme ils le firent, derrière François Mitterrand, à partir de 1965 », Michèle COTTA, « Partis et Parlement sous la V^{ème} République », in *Pouvoirs* n° 4 (1982: *La V^{ème} République*), p. 19-20.

est tenu de soutenir l'un des deux au détriment de l'autre, sauf à faire le choix de l'abstention ou du vote blanc. Cela débouche sur une bipolarisation autour de ces deux candidats, qui se reproduit lors des élections législatives, lesquelles usent (presque) du même mode de scrutin et ont lieu – généralement jusqu'en 2000, systématiquement depuis – quelques semaines après les présidentielles.⁸

Cela n'empêche pas le fait majoritaire de connaître des variations: l'histoire de la V^{ème} République le confirme. Il peut être absolu et inconditionnel: un seul parti, celui du Président, détenant la majorité absolue à l'Assemblée nationale (ce fut le cas en 1981, 2002, 2007). Il peut aussi être absolu mais conditionnel: deux groupes politiques, issus de deux partis politiques, détiennent la majorité absolue et ils ont affiché leur volonté de mener une politique commune, le caractère absolu étant alors conditionné par le maintien de cet accord (exemples des élections législatives de 1973 et des cohabitations de 1986, avec le gouvernement Chirac et de 1993, avec le gouvernement Balladur). Il peut encore être absolu mais pluriel ou coalisé, avec un seul groupe majoritaire réunissant plusieurs partis politiques ou plusieurs groupes coalisés, imposant alors des négociations plus ou moins continues (exemples des élections législatives de 1967, ou encore lors de la cohabitation de 1997 avec le gouvernement Jospin). Il peut être simplement relatif, le parti et le groupe majoritaires ne détenant qu'une majorité relative, imposant de s'assurer, à chaque vote, soit le ralliement soit l'abstention d'un autre groupe (exemple de 1988, lors du second septennat de François Mitterrand). Il peut enfin être minoritaire, le Président étant issu d'un groupe minoritaire de la majorité, le contraignant alors à composer avec le groupe majoritaire, soit en nommant un Premier ministre issu de ses bancs, soit en composant pour obtenir son soutien (exemple de 1974, sous Valéry Giscard d'Estaing, d'abord avec Jacques Chirac, puis avec Raymond Barre).

Ce fait majoritaire est ce qui assure la domination du Président de la République sur les autres institutions politiques car le pouvoir du candidat vainqueur à la première dépend exclusivement de sa victoire

⁸ Guy CARCASSONNE, *La Constitution, introduite et commentée*, Points Seuil, Paris, 11^{ème} édition, 2013, p. 58.

aux secondes: « l'élection présidentielle n'offre à celui qui la gagne que des possibilités; seule la victoire aux élections législatives donne le pouvoir ».⁹ Ainsi, l'intensité du fait majoritaire fait varier l'étendue du pouvoir du Président et sa liberté d'action: « il est fondamental de souligner que la primauté présidentielle est strictement proportionnée au soutien parlementaire ».¹⁰

En 2012, tout laissait croire que François Hollande disposerait d'un fait majoritaire absolu: un seul groupe politique, correspondant au seul parti du Président, détenait la majorité absolue à l'Assemblée nationale. C'était oublier que ce groupe, en raison du contexte de la victoire de 2012 et de la pratique institutionnelle du quinquennat, serait empreint de contestation, faisant naître une catégorie nouvelle de fait majoritaire: un fait majoritaire contestataire. Catégorie nouvelle (I), il n'est pas encore acquis, mais pas non plus exclu, qu'il s'agisse d'une catégorie pérenne (II).

I. Une catégorie nouvelle

Apprécier si le fait majoritaire contestataire constitue effectivement une catégorie nouvelle requiert de déterminer ses critères d'identification (1) et de distinction (2).

1) Identifier

Le fait majoritaire absolu et inconditionnel offre au Président de la République une primauté tout aussi absolue et inconditionnelle sur l'édifice institutionnel, donc vis-à-vis du Gouvernement, d'une part et du Parlement, d'autre part. À ce titre, François Hollande devait être, pour un Président de gauche, dans une position encore plus confortable que celle de François Mitterrand en 1981, puisqu'en plus du soutien d'une majorité absolue de son propre camp à l'Assemblée

⁹ *Ibidem*, p. 59.

¹⁰ *Ibidem*.

nationale, il disposait également du soutien relatif du Sénat.¹¹ Il se retrouvait ainsi dans une position comparable à ceux qu'il avait le plus vivement combattus: Jacques Chirac en 2002, Nicolas Sarkozy en 2007, à ceci près qu'il pouvait aussi compter sur un soutien des collectivités territoriales, majoritairement à gauche.

Mais l'euphorie de cette victoire fut de courte durée car sa légitimité fut rapidement et triplement contestée. Par l'opposition, d'abord, ce qui est parfaitement classique, tant elle est dans son rôle. Par des partis de la coalition majoritaire, ensuite, ce qui est plus surprenant, à si brève échéance. Par des membres du parti et du groupe majoritaires eux-mêmes, enfin, ce qui est tout à fait exceptionnel.

Le Front de gauche, s'il s'était prononcé en faveur de François Hollande lors du second tour de l'élection présidentielle,¹² avait clairement affirmé qu'il ne participerait pas au Gouvernement, au lendemain des législatives: nulle surprise, donc, à ce qu'il prenne ses distances vis-à-vis de la majorité. En revanche, le détachement paraît plus surprenant de la part des véritables alliés du parti socialiste, les verts, qui ont d'ailleurs pu bénéficier d'un groupe politique à l'Assemblée nationale (et au Sénat, depuis 2011) grâce à un accord électoral pour les législatives, leur garantissant un certain nombre de sièges, en dépit de leur score médiocre aux présidentielles.¹³ Leur renforcement institutionnel grâce à la détention d'un groupe parlementaire dans chacune des assemblées (ce qui est inédit) n'est sans doute pas étranger à leur volonté d'asseoir une légitimité et un positionnement politiques propres vis-à-vis du Président de la République et de la majorité. Mais ce qui reste le plus surprenant est la distance prise par des députés socialistes, vis-à-vis de leur propre camp, de façon revendiquée et non

¹¹ La gauche remporte une victoire historique aux élections sénatoriales de 2011 en parvenant, pour la première fois depuis 1958, à être majoritaire, mais seulement jusqu'en 2014. Toutefois, le groupe le plus important reste le groupe UMP, avec 132 sénateurs, tandis que le groupe socialiste en compte 131. La gauche est majoritaire grâce au soutien des communistes, des verts et de quelques radicaux, le Sénat ayant cette spécificité historique de connaître un groupe (RDSE) réunissant des sénateurs de droite et de gauche.

¹² Le 22 avril 2012, Jean-Luc Mélenchon, candidat du Front de gauche, appelle à faire « battre Sarkozy », sans rien demander « en échange », Déclaration place Stalingrad.

¹³ Cf. Jean GICQUEL, « Variations sur la présidence normale de François Hollande », in *Mélanges Colliard*, *op. cit.*, p. 316. Eva Joly avait obtenu 2,31% des suffrages exprimés.

isolée (bien que marginale): c'est l'apparition des fameux « députés frondeurs», qui ne vont pas seulement jusqu'à s'abstenir, mais également jusqu'à voter contre un texte soutenu par le Gouvernement.

C'est sans doute là le critère d'identification de ce fait majoritaire contestataire: faire apparaître, de façon non isolée et durable, au sein du propre camp, voire du propre groupe politique de la majorité, une contestation de cette majorité, matérialisée par des voix de membres de ce groupe s'exprimant contre la politique et les textes soutenus par le Gouvernement, que ce soit expressément ou par une abstention. Le premier exemple est le projet de loi autorisant la ratification du TSCG (traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire), qui avait été signé par Nicolas Sarkozy: il est adopté par scrutin public en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale le 9 octobre 2012, par 477 voix pour, 70 voix contre et 21 abstentions, mais parmi les voix contre, on comptait 20 députés socialistes. S'il n'y avait pas eu d'autres cas, le fait majoritaire contestataire serait mort dans sa propre contestation. Mais cette dernière, au contraire, se poursuit et les exemples se multiplient, même si les votes « contre » ne furent plus jamais aussi nombreux.¹⁴ Ainsi, ce fait majoritaire, caractérisé par une contestation au sein du propre camp majoritaire, engendre un affaiblissement des pouvoirs du Président et du Gouvernement, alors même qu'ils détiennent la majorité absolue à l'Assemblée nationale.

2) Distinguer

Il s'agit là d'une situation nouvelle, nettement différente des autres catégories de fait majoritaire que l'on a pu connaître jusqu'alors. Elle

¹⁴ Le deuxième exemple est le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, adopté par scrutin public en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale le 9 avril 2013, par 250 voix pour, 26 voix contre et 278 abstentions; parmi les voix contre, on comptait 6 députés socialistes et, parmi les abstentions, on en comptait 35. Puis vint le projet de loi garantissant l'avenir et la justice du système de retraites adopté par scrutin public en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale le 15 octobre 2013, par 270 voix pour, 249 voix contre et 49 abstentions; parmi les abstentions, on comptait 17 députés socialistes. En 2014, donc sous le Gouvernement de Manuel Valls, les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale pour 2015 connurent des sorts similaires: il y eut respectivement 39 et 35 abstentions socialistes, sur chacun de ces textes, en 1^{ère} lecture, les 21 et 28 octobre 2014.

se distingue évidemment du fait majoritaire absolu et inconditionnel, le Gouvernement ne disposant plus, *a priori* et de façon systématique, du soutien absolu de son propre camp. Elle se distingue tout aussi évidemment du fait majoritaire minoritaire, ni le Président ni le Gouvernement n'étant issus de la minorité. Elle se distingue également du fait majoritaire absolu et conditionnel, même si elle s'en rapproche davantage, à ceci près que le défaut de soutien peut effectivement survenir à tout instant et que le soutien n'est pas censé résulter, initialement, d'un accord entre groupes politiques. Elle se rapproche, en revanche, du fait majoritaire absolu mais pluriel ou coalisé ou du fait majoritaire relatif, le présent fait majoritaire contestataire ne faisant pas disparaître la majorité absolue, grâce aux alliés – notamment les radicaux de gauche – de la majorité. Néanmoins, il s'en distingue en ce que dans ceux-là, Gouvernement et Président savent qu'ils peuvent au moins durablement compter sur le soutien de leur propre camp, dont ils connaissent précisément l'importance, ce qui n'est plus le cas dans celui-ci, où l'ampleur de la contestation est elle-même variable.

On saisit toute la distinction qu'il y a entre cette nouvelle catégorie de fait majoritaire et les autres lors des deux votes sur la déclaration de politique générale des Gouvernements Valls, cinq mois d'intervalle. Au lendemain de sa première nomination, le 8 avril 2014, Manuel Valls obtient la confiance avec 306 voix pour, mais 11 abstentions socialistes, tandis que le groupe écologiste lui offre 10 voix pour, 1 voix contre et 6 abstentions et le groupe GDR,¹⁵ 2 voix pour, 12 voix contre et 1 abstention. Le 16 septembre 2014, après sa deuxième nomination, il obtient la confiance avec 269 voix pour, soit moins de la majorité absolue (289) et avec 31 abstentions socialistes, tandis que le groupe écologiste ne lui offre aucune voix pour, mais 1 voix contre et 17 abstentions et le groupe GDR, 2 voix pour, 11 voix contre et 2 abstentions. Ces résultats sont à rapprocher de ceux obtenus par Jean-Marc Ayrault, le 3 juillet 2012, au lendemain des législatives: il obtient la confiance avec 302¹⁶ voix pour, aucune

¹⁵ Groupe de la Gauche Démocrate et Républicaine réunissant, notamment, les députés Front de gauche.

¹⁶ Le nombre est plus faible que celui obtenu par Manuel Valls, mais il y avait alors 26 députés non votant en raison de leur nomination récente au Gouvernement, alors qu'ils n'avaient pas encore été remplacés par leur suppléant.

abstention socialiste, le groupe écologiste votant unanimement pour et le groupe GDR lui offrant 3 voix pour et 12 abstentions (aucune voix contre). En septembre 2014, c'est ainsi la première fois depuis 1958 qu'un Gouvernement obtient la confiance avec une abstention aussi forte dans son propre groupe politique et autant de voix contre dans son propre camp.

Le point culminant de la contestation est marqué, à ce jour, par la discussion de la loi pour la croissance et l'activité, dite loi Macron, qui vient encore marquer un caractère distinctif. Manuel Valls a alors été contraint de faire application de l'article 49, alinéa 3 de la Constitution et d'engager la responsabilité du Gouvernement sur ce texte, afin d'en garantir l'adoption, car les députés frondeurs avaient annoncé qu'ils ne se contenteraient pas, cette fois, de s'abstenir, mais iraient jusqu'à voter contre, au moins pour certains d'entre eux. Afin d'éviter de courir le moindre risque, le Premier ministre a fait appel à l'arme la plus puissante de rationalisation du parlementarisme qu'offre la Constitution française: faire adopter un texte, sans le voter. Ce dispositif était initialement prévu pour créer une majorité, là où elle n'existait pas, comme c'était le cas sous les Républiques précédentes. Naturellement, avec l'apparition du fait majoritaire, il aurait dû tomber en désuétude, sauf dans les cas où, précisément, une majorité pouvait faire défaut, comme c'était le cas en 1967, en 1974, en 1988 ou encore en 1997. Il a toutefois été utilisé par des Gouvernements disposant d'un fait majoritaire absolu, qu'il soit inconditionnel ou conditionnel, afin de gagner du temps et de contrer les tentatives d'obstruction de l'opposition (entre 1993 et 2005).

Le recours à cet instrument – à trois reprises sur le même texte – alors que le Gouvernement dispose, officiellement, de la majorité absolue dans son propre camp et sans que cela soit justifié par une tentative de déjouer l'obstruction (il existe désormais d'autres mécanismes pour cela, tels que le temps législatif programmé), vient confirmer l'originalité de cette nouvelle catégorie de fait majoritaire, apparue sous le quinquennat de François Hollande.

II. Une catégorie pérenne

Nouvelle et originale, cette catégorie est-elle pour autant pérenne? Afin d'envisager si le fait majoritaire contestataire peut réapparaître (2), il faut d'abord en identifier les causes (1).

1) Les causes

Les causes de l'actuel fait majoritaire contestataire sont multiples et aucune, sans doute, n'est déterminante à elle seule. Leur importance respective est certainement variable et elles sont toutes contingentes. On en compte essentiellement quatre: le contexte électoral de 2012, le renouvellement de 2012, le contexte socio-économique, le choix du Premier ministre.

D'abord, la victoire de François Hollande le 6 mai 2012 est une victoire obtenue par contestation, non par adhésion: les électeurs n'ont pas tant soutenu le candidat élu que rejeté le candidat battu, qui se trouvait être le Président sortant. En 2012, la victoire de François Hollande s'explique par la volonté profonde de ne pas réélire Nicolas Sarkozy et, ainsi, de sanctionner sévèrement son mandat. Il en résulte une légitimité fortement atténuée, remise en cause dès le lendemain de l'élection. On pourrait rétorquer que ce n'est pas la première fois: l'élection de 1981, avec la victoire de François Mitterrand et l'éviction de Valéry Giscard d'Estaing semblerait correspondre au schéma de 2012. Elle ne lui est pourtant pas similaire: François Mitterrand, à travers sa présence sur l'échiquier politique depuis plusieurs décennies (notamment aux présidentielles de 1965 et de 1974, où il avait perdu de peu face au même Valéry Giscard d'Estaing) et son contrôle du parti socialiste, a insufflé une réelle volonté de changement et susciter une adhésion sous sa candidature.

La victoire aux élections législatives de juin 2012 reproduit alors le même schéma: certes, il s'agit de donner une majorité au candidat élu dans la contestation, mais également de poursuivre cette contestation de la politique menée par la majorité précédente. Les nouveaux parlementaires de la majorité ont alors eu le sentiment qu'ils devaient leur propre victoire moins à la victoire préalable du Président, qu'à la contestation de l'ancien, à laquelle ils ont naturellement pris part. Ils se

sont dès lors crus ne pas devoir être autant redevables à celui-là qu'ils auraient dû l'être et légitimes à poursuivre la contestation de l'œuvre de son prédécesseur. C'est ainsi que furent présentés contestation et votes contre le TSCG, traité négocié et signé par Nicolas Sarkozy et que, contrairement au schéma classique où les parlementaires de la majorité doivent leur victoire moins à eux-mêmes qu'au Président qui l'a engendrée, ils se sont sentis pousser des ailes.¹⁷

Cela est renforcé, ensuite, par le fait que de nombreux élus de la nouvelle majorité étaient des néo-arrivants à l'Assemblée nationale, jeunes pour bon nombre d'entre eux. Sans faire le détail de l'ensemble des députés frondeurs, on peut remarquer que parmi les vingt députés socialistes qui ont voté contre le TSCG, quinze n'avaient jamais exercé de mandat parlementaire. Peut-être peut-on mettre sur le compte de leur méconnaissance des sphères parlementaires cette remise en cause, insolite, de la discipline de vote, même si l'on a bien conscience que cet aspect n'est pas le plus convaincu. Mais il s'ajoute au reste et fait craindre pour l'avenir.

De plus, le contexte de crise socio-économique a laissé peu de répit à la nouvelle majorité: les électeurs, qui avaient notamment sanctionné le candidat sortant du fait de son manque de résultats, attendaient beaucoup du nouveau Président, qui s'était fermement engagé à « inverser la courbe du chômage », comme si un tel engagement politique pouvait se traduire en résultats effectifs d'un simple changement de majorité. La crise tardant à se résorber, la reprise tardant à arriver, le chômage tardant à baisser, la contestation ancienne a ressurgi et les membres de la majorité, qu'ils soient parlementaires ou même ministres, sans doute afin de se préserver face à leurs électeurs et forts

¹⁷ Ainsi que le rappelle Guy Carcassonne, « ceux qui ont opté pour le candidat finalement vainqueur s'obligent par là même à lui permettre de remplir son rôle. Ils se placent ainsi sous sa domination (quitte, parfois, à la secouer), et c'est ainsi que le président, auquel est déjà subordonné le gouvernement subjugue aussi la majorité parlementaire, à condition, du moins, d'être élu avant celle-ci », Guy CARCASSONNE, *La Constitution, introduite et commentée, op. cit.*, p. 59. Cf. également ce que dit Jean-Claude Colliard: « Pour le Gouvernement, c'est d'abord l'idée que sa majorité à l'Assemblée dépend non pas de référence parlementaire, comme c'est le cas classique de tous les régimes parlementaires, mais dépend de l'élection présidentielle: elle se dessine en fonction des soutiens ou des ralliements à l'élection présidentielle », Jean-Claude COLLIARD, « Un régime hésitant et déséquilibré », préc., p. 121.

de leurs convictions en tant que représentants de l'aile gauche du PS,¹⁸ ont cru devoir aller dans leur sens, plutôt que de soutenir les choix présidentiels, comme le commande la solidarité gouvernementale et majoritaire.¹⁹

Cela aurait toutefois pu être évité, en dépit des éléments précédents, si des sanctions avaient été immédiatement prises contre ceux qui s'autorisèrent le moindre écart. En réalité, c'est là l'esprit même de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct: pouvoir se détacher et se placer au-dessus des partis politiques, y compris du sien, sans être à leur merci. Par cette élection, il n'est redevable qu'au peuple qui l'a élu et non aux partis politiques, comme c'était le cas sous les Républiques antérieures et il est alors en mesure d'imposer ses propres décisions, y compris à son propre parti, car ce sont celles qu'à travers lui, le peuple lui-même a voulu.²⁰ Mais fort de sa volonté d'incarner un « Président normal » et oubliant que le Président de la République, s'il peut être un *homme* normal, exerce une *fonction* extraordinaire car il est le seul à l'exercer, choisi par plus de la moitié des votants, François Hollande a laissé l'autorité de son Premier ministre d'alors se faire écorcher, ne se rendant pas compte qu'à travers lui, c'était sa propre autorité et sa légitimité qui étaient atteintes.²¹ Peut-être que si le choix du Premier ministre s'était initialement porté sur une autre personnalité, qui se serait par exemple distinguée lors des primaires, qui tenait les rênes du parti socialiste et qui permettait de rassembler l'aile gauche, tout en disposant d'une expérience gouvernementale, la situation aurait été différente... Mais on ne saurait refaire l'histoire!

¹⁸ Cf. Jean GICQUEL, « Variations sur la présidence normale de François Hollande », préc., p. 315.

¹⁹ Cela n'a pas véritablement payé, comme le montre l'exemple de Jérôme Guedj, l'un des porte-voix des frondeurs (alors qu'il siégeait à l'Assemblée en tant que suppléant de François Lamy, ministre dans les Gouvernements de Jean-Marc Ayrault), qui a perdu les élections départementales de mars 2015, dans l'Essonne.

²⁰ Michèle COTTA, « Partis et Parlement sous la V^{ème} République », préc., pp. 20 à 22.

²¹ Cf. Jean GICQUEL, « Variations sur la présidence normale de François Hollande », préc., pp. 312 et s.

2) Les développements

Ce nouveau fait majoritaire contestataire est-il simplement une exception historique ou bien est-il une catégorie qui peut ressurgir à tout instant et dont l'on pourrait alors se prémunir? Signalons d'emblée qu'une apparition unique d'un certain type de fait majoritaire ne suffit pas à le rendre exceptionnel au point d'affaiblir ses chances de réapparaître: tant le fait majoritaire minoritaire (1974) que relatif (1988) constituent des précédents uniques à ce jour, mais rien n'interdit qu'un prochain Président soit à nouveau issu d'un courant minoritaire de la majorité ou qu'une prochaine majorité ne soit que relative. En revanche, les causes de l'actuelle catégorie sont multiples, là où les causes de ces deux précédentes étaient uniques (une personnalité présidentiable dans un parti minoritaire, une bien mauvaise campagne électorale encouragée par un Président qui ne croyait pas bon qu'un seul groupe détienne la majorité absolue).

Toutefois, sans croire que le fait majoritaire absolu et inconditionnel ait vécu, le fait majoritaire contestataire a sans doute encore de longues années devant lui. Les causes pourront alors être différentes et résider, notamment, dans la présence accrue des parlementaires, voire de l'élection en force de parlementaires néo-arrivants au Palais Bourbon, en raison de la limitation renforcée du cumul des mandats, qui a d'ailleurs vocation à disparaître. S'il est faux de croire que cette nouvelle limitation – et même sa disparition – va déboucher sur des parlementaires qui seront présents en permanence, on doit admettre qu'ils n'auront guère d'autres occupations et préoccupations que leur fonction au Parlement. Cela pourra les conduire, voire les encourager à examiner chaque pan de la politique présidentielle qu'ils sont appelés à voter, ce qui, en soi, n'est certainement pas un mal, au contraire, tant qu'ils gardent à l'esprit qu'ils doivent leur fonction au moins autant au Président victorieux qu'à eux-mêmes, si ce n'est davantage.

Si tel ne devait pas être le cas, sans doute que la primauté présidentielle serait affaiblie, n'en déplaise aux défenseurs d'une hypothétique VI^{ème} République ! Mais c'est aussi de la stabilité et de l'efficacité de la

V^{ème} République dont il est question²² et alors les anciens mécanismes de rationalisation du parlementarisme confirmeront leur retour en force. À ce titre, on ne peut que se féliciter que la réforme constitutionnelle de 2008 ne les ait pas anéanti, en considérant, à tort, qu'ils étaient inutiles dans une démocratie parlementaire,²³ mais on ne peut que déplorer, bien davantage, qu'elle en ait amoindri la portée, notamment en limitant les possibilités de recours à l'article 49, alinéa 3 de la Constitution, à un seul texte par session en sus des projets de loi de finances et de financement de la sécurité sociale.²⁴

Pour le savoir, il ne faut point refaire l'histoire, mais attendre que l'Histoire se fasse.

²² Cf. Céline VINTZEL, *Les armes du gouvernement dans la procédure législative. Étude comparée: Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni*, Dalloz, Paris, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2011, pp. 428 et s. et 625 et s.

²³ *Ibidem*, pp. 710 et s.

²⁴ *Ibidem*, pp. 751 et 752.

Improving Human Rights Protection on the National and the European Levels – Individual Access to Constitutional Courts and the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights

Schnutz Rudolf Dürr*

I. Introduction

Prof. Jean-Claude Colliard was a key member of the Venice Commission from 2006 until his death in 2014, following a long illness. Throughout his membership he was active as a rapporteur and has contributed to shape the doctrine of the Venice Commission, especially in the field of electoral law and political parties. Masterpieces of his work in this field were the Code of Good Practice in the field of Political Parties¹ and his Report on Measures to improve the Democratic Nature of Elections in Council of Europe Member States². Already ill, he still contributed to the

* Head of Constitutional Justice Division at the Venice Commission of the Council of Europe and Secretary General of the World Conference on Constitutional Justice. This intervention was made in a strictly personal capacity and does not necessarily reflect the official position of the Venice Commission or the Council of Europe.

¹ CDL-EL(2008)020, Draft Code of Good Practice in the field of Political Parties and CDL-AD(2009)021, Code of Good Practice in the field of Political Parties adopted by the Venice Commission at its 77th Plenary Session (Venice, 12-13 December 2008) and Explanatory Report adopted by the Venice Commission at its 78th Plenary Session (Venice, 13-14 March 2009).

² CDL-AD(2012)005, Report on measures to improve the democratic nature of elections in Council of Europe member states adopted by the Council for Democratic Elections at its 40th meeting (Venice, 15 March 2012) and by the Venice Commission at its 90th Plenary Session (Venice, 16-17 March 2012).

Venice Commission in its successful work of assisting in the drafting of a new Constitution for Tunisia³.

The Protection of Human Rights was always close to the heart of Jean-Claude Colliard. This paper in his honour relates to human rights protection on the national level as well as on the European level.

Within this wide field, this paper will deal with two aspects of human rights protection⁴, which currently undergo changes in Europe:

1. On the national level – we will approach the topic of individual access to constitutional justice and notably the question whether a complaint to a Constitutional Court is “effective”. This issue relates to the vertical relationship between national courts and European courts. In Europe we can see a trend to introduce and widen such access, for instance in Turkey, which introduced such an appeal two years ago, or in Macedonia, where a constitutional reform will widen a hitherto narrow constitutional complaint.
2. On the European level – this paper refers to a hot topic, the accession of the European Union to the European Convention of Human Rights. The EU accession to the Human Rights Convention will bring about coherence and clarity in a system where now two European Courts develop human rights in a horizontal, parallel way, which can lead to divergent interpretations of rights.

These two issues exemplify the complexity of multi-level Human Rights protection in Europe. Both questions are pivotal for a coherent functioning of the European human rights system, both on the national and the European levels.

³ CDL-AD(2013)032, Opinion on the Final Draft Constitution of the Republic of Tunisia adopted by the Venice Commission at its 96th Plenary Session (Venice, 11-12 October 2013).

⁴ This paper is based on presentations by the author at the Symposium on “*Institution Design for Conflict Resolution and Negotiation - Theory and Praxis*” (Nagoya, 1-2 February 2014) and Seminar celebrating the 25th anniversary of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Costa Rica (San José, 13-14 November 2014).

II. The national level – individual access to constitutional Courts

Let us first turn to the relationship between national Constitutional Courts and the European Court of Human Rights and in particular the question of national remedies against human rights violations.

Following, the fall of the Berlin wall, the Central and Eastern European countries wanted to join the Council of Europe as quickly as possible in order to become a member of the ‘club’ of democratic countries. Ratification of the European Convention on Human Rights together with the individual application to the European Court of Human Rights was a condition for such membership. Within a relatively short period, the Council of Europe expanded from 23 to 47 member states and the European Court of Human Rights was forced to follow this expansion with dramatic results. Given that the human rights protection in several of the new member states remained problematic in many respects, the number of applications from these countries increased steadily and the European Court of Human Rights accumulated an ever increasing backlog of cases, culminating in some 160.000 cases in 2011⁵.

The member States of the Council of Europe and the Court itself were increasingly worried about this problem, not least because the Court condemned the member states *inter alia* for the excessive length of procedures, while cases before the European Court itself took longer and longer to be settled.

The main remedy to this problem was Protocol No. 14, which brought about several procedural simplifications and notably a reduction of the number of judges for decisions of inadmissibility from three to one judges. Under Protocol no. 14, a single judge can reject manifestly inadmissible applications. However, this protocol was delayed for several years by the refusal of Russia to ratify it. The Russian Federation ratified Protocol 14 only when the other 46 member states agreed to go ahead without Russia and to establish the

⁵ Annual Report of the European Court of Human Rights 2012, p. 6 (http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2012_ENG.pdf, accessed 22.1.2014).

new system between them, whereas the old system – with three judges – would continue for Russia only⁶.

Protocol 14 was indeed quite successful. The Court was able to reduce the number of cases from 160.000 to some 90.000 within three years. However, the number of 90.000 pending cases is still impressive and many reckon that easier cases have been settled more quickly and that the remaining number includes a higher percentage of complicated cases.

A further reform was brought about by Protocol 15⁷, which explicitly refers to the principle of subsidiarity but also reduces the deadline to submit a case from 6 months to 4 months after the final national judgment.

In order to overcome the problem of the overburdening of the European Court of Human Rights, the “mother” organisation of the Court, the Council of Europe organised a series of conferences in Rome⁸, in Interlaken⁹, in Izmir¹⁰, and in Brighton in order to further explore ways to safeguard the system of the European Convention on Human Rights. The latest Declaration, adopted in Brighton¹¹, insists on the necessity to improve within the member states the systems of human rights protection in order to settle human rights problems on

⁶ For a prolonged period, the Russian Federation did not ratify Protocol 14 (opened for signature on 15.5.2004), which could enter into force only after ratification by all 47 members states of the Council of Europe, which are also parties to the Convention. All other 46 members had finished the ratification process in 2006 and when it became clear that Russia would not ratify, they elaborated the so called “Protocol 14bis” (opening for signature 27.2.2009, entry into force 1.10.2009), which introduced the simplification of the procedure before the Court only for the member States having ratified it. Probably in view of the impossibility to prevent the reform of the Court, the Russian Federation finally ratified Protocol no. 14 on 18.2.2010. As a consequence, that Protocol entered into force on 1.6.2010 and Protocol 14bis ceased to be in force.

⁷ CETS No. 213, Opened for signature on 24.6.2013, not yet entered into force.

⁸ European Ministerial Conference on Human Rights, Rome, 3-4.11.2000.

⁹ High Level Conference at Interlaken, Declaration of 19 February 2010: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1591969>.

¹⁰ High Level Conference at Interlaken, Declaration of 19 February 2010 ; High Level Conference of Izmir, Declaration of 27 April 2011.

¹¹ High-level Conference on the future of the European Court of Human Rights (Brighton, United Kingdom, 18-20 April 2012), CDDH(2012)007, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/cddh-documents/cddh_2012_007_en.pdf (accessed 22.1.2014).

the national level. Paragraph 9.c.iii of the Brighton Declaration calls upon the States Parties to consider the introduction of new domestic legal remedies for alleged violations of the rights and freedoms under the Convention.

Following thorough reforms, the scope of further improvements of the procedures at the European Court of Human Rights seems rather narrow. Therefore, the Council of Europe and its member states turn to the question how human rights violations can be settled at the national level rather than cases being brought to Strasbourg¹².

One vector of this focus on human rights protection on the national level is Protocol no. 16¹³, according to which highest courts of the member States can request advisory opinions from the European Court of Human Rights in the context of a case pending before the national court. The idea is that by following the advisory opinion, the national court would avoid a later appeal to the European Court of Human Rights and a possible condemnation by the European Court. In private discussions, constitutional judges seem rather reluctant towards this mechanism, which has not yet been established.

In this wider context of national remedies, the Venice Commission has prepared a study on individual access to constitutional justice¹⁴, which *inter alia* elaborated on the issue of how such national remedies have to be designed in order to live up to the standards of the European Court of Human Rights, which would require their exhaustion before cases can be brought before the Strasbourg Court.

¹² The Council of Europe mandated two working groups to prepare proposals for a reform of the Court. With participation from the Venice Commission, the working group GT-GDR-F is preparing on the longer-term future of the Convention system (http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/DOCUMENTS-GroupF_en.asp). Another group, GT-GDR-G, prepares proposals for a change of the procedure for the amendment of the Rules of Court, giving the member States more influence over such amendments (http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/GT-GDR-G_en.asp).

¹³ CETS No. 214, Opened for signature on 2.10.2013, not yet entered into force.

¹⁴ Study on Individual Access to Constitutional Justice, adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010, CDL-AD(2010)039rev); see also P. Paczolay, Introduction to the Report of the Venice Commission on Individual Access to Constitutional Justice, Conference on Individual Access to Constitutional Justice, Arequipa, Peru, 30-31 May 2013 (CDL-JU(2013)003).

The Study, which is available in Spanish translation thanks to the Constitutional Court of Chile¹⁵, tries to provide answers to the issue of efficient national human rights remedies, as called for in the Brighton Declaration.

The Council of Europe steering committee, which is in charge of the implementation of the Brighton Declaration – CDDH, has indeed invited the Venice Commission to co-operate in the follow-up to the Brighton Declaration.¹⁶

Before entering the the substance of this study, let us present its author, the Venice Commission.

a. Venice Commission

Founded in 1990, the Venice Commission is an advisory body of the Council of Europe. It is composed of independent experts in the field of constitutional law. They are mainly university professors and judges of constitutional or supreme courts.

Being part of the Council of Europe, the Venice Commission is open to the participation of non-European countries and has a total of 60 member states. In the Americas, Brazil, Chile, Mexico, Peru and the United States are full members. Argentina, Canada and Uruguay are observers.

The main activity of the Commission is to provide advice for the preparation of constitutional reforms and para-constitutional legislation (electoral laws, legislation on the structure of the Judiciary etc.).

The Commission only acts upon request, which can come from the State concerned, the organs of the Council of Europe or international organisations that participate in the work of the Venice Commission (European Union, OSCE/ODIHR). In practice, most of the requests for advice come from Governments and Parliaments, but the Commission also provides *amicus curiae* briefs to Constitutional Courts when

¹⁵ Estudio sobre el Acceso individual a la Justicia Constitucional, CDL-AD(2010)039rev ([http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-spa](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-spa)).

¹⁶ *Report of the 79th meeting of the CDDH* ([http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/cddh-documents/cddh\(2013\)r79_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/cddh-documents/cddh(2013)r79_en.pdf)).

they ask for them. The Constitutional Court of Peru, for example, has requested an *amicus* brief in a case relating to crimes against humanity¹⁷.

Since its establishment, the Venice Commission supported the idea of an international dialogue of constitutional judges. As a basis for this dialogue, the Venice Commission provides a permanent platform for exchange of information. Tools for this exchange are the CODICES database, which provides information about important cases of more than 80 Constitutional Courts, Constitutional Councils, Constitutional Chambers and Supreme Courts in Europe, Asia, Africa and the Americas, as well as from the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and the Inter-American Court of Human Rights. All contributions are prepared by liaison officers appointed by the Courts themselves.

The liaison officers also have access to the confidential on-line Venice Forum, through which the courts can quickly exchange information and request assistance.

In cooperation with regional groups and linguistic groups uniting Constitutional Courts, Constitutional Councils and Supreme Courts¹⁸, the Commission established the World Conference on Constitutional Justice which has 94 Member Courts¹⁹, and for which the Venice acts as the Secretariat.

So far, the World Conference held Congresses in 2009 in South Africa, in 2011 in Brazil and 2014 in Korea. The goal of the World Conference is to ensure long-term cooperation between constitutional courts, as well as exchanges of human rights case-law in order to strengthen democracy, human rights and the rule of law.

¹⁷ CDL-AD(2011)041, Amicus Curiae Brief on the case Santiago Bryson de la Barra et Al (on crimes against humanity) for the Constitutional Court of Peru adopted by the Venice Commission at its 88th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2011)

¹⁸ Conference of European Constitutional Courts, the Association of Constitutional Courts using the French Language, the Southern African Judges Commission, the Conference of Constitutional Control Organs of Countries of New Democracy, the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, the Union of Arab Constitutional Courts and Councils, the Ibero-American Conference of Constitutional Justice and the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa, Commonwealth Courts.

¹⁹ www.venice.coe.int/WCCJ.

b. Constitutional control in Europe

Today, there is general agreement that ordinary legislation has to be in conformity with the Constitution²⁰. As a consequence, a large majority of countries have entrusted the control of the conformity of laws with the Constitution to courts, either the ordinary courts or specialised constitutional courts.

The idea of the constitutional review (or control) of ordinary laws originates in the USA where in 1803, the Supreme Court held that a legislative act that conflicts with the Constitution is void and cannot receive judicial application²¹. This idea spread to Europe and already during the 19th century, the Supreme Courts in Monaco, Norway²² and Romania²³ asserted their jurisdiction not to apply unconstitutional laws.

Hans Kelsen, the drafter of the Austrian Constitution of 1920, was in favour of the idea of constitutional review but he also was of the opinion that the annulment of laws adopted by Parliament, elected by the sovereign people, should not be entrusted to the ordinary judiciary, which lacked sufficient democratic legitimacy. His novel idea was to entrust constitutional review to a specialised court – a negative legislator – which would draw its legitimacy from a specific constitutional mandate and from its special composition²⁴. In its Report on the Composition of Constitutional Courts, the Venice Commission examined how specialised constitutional courts are composed. The Venice Commission recommended a composition reflecting various tendencies in society²⁵.

²⁰ H. Steinberger, Models of Constitutional Jurisdiction, CDL-STD(1993)002, p. 3.

²¹ Marbury v. Madison, 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803), CODICES [USA-1803-S-001] (the CODICES database of the Venice Commission is available at www.CODICES.CoE.int).

²² K. M. Bruzelius, "Judicial Review within a Unified Country", http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/NOR_Bruzelius_E.pdf.

²³ G. Conac, *Une antériorité roumaine : le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, in *Mélanges Slobodan Milacic, Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruylant, Belgique, 2007.

²⁴ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York (1961), p. 268.

²⁵ Venice Commission, Report on the Composition of Constitutional Court, CDL-STD(1997)020.

Between the two world wars specialised constitutional courts were established in Austria, in Czechoslovakia and in Liechtenstein. Because of Kelsen's origin and because his idea to establish a specialised Constitutional Court was implemented in Austria, this mechanism is often referred to as the 'Austrian model', even though many of these courts differ considerably from the Austrian Constitutional Court. For tragic historic reasons, the original Austrian Court only existed for a short period between 1920 and 1933²⁶.

Since the Second World War, specialised constitutional courts often have been introduced as a remedy against human rights violations after periods of dictatorship. We can discern three waves²⁷ of the establishment of such courts: first in Germany and Italy, as a reaction to Nazism and Fascism, a second wave in Spain and Portugal after end of dictatorships in these countries and finally, after the fall of the Berlin wall in former communist countries of Eastern Europe, but also in other parts of the world²⁸.

The establishment of specialised constitutional courts nearly always results in some form of tension between the established ordinary judiciary and the newly created Constitutional Court²⁹. Nonetheless, many countries have introduced specialised constitutional courts and this trend continues³⁰. There are two main reasons for this trend: hierarchy and human rights protection:

- (a) The constituent power wants to ensure the supremacy of the Constitution over ordinary law and thinks, probably rightly, that a Constitutional Court is more likely to strike down laws because the Court has been set up for this very purpose. The main task for

²⁶ The Liechtenstein Constitutional Court has the longest uninterrupted activity of all constitutional courts. The current law in force of 2003 replaced the Law of 5 November 1925 on the Constitutional Court, Liechtenstein Legal Gazette (Landesgesetzblatt, LGBl.) 1925 No. 8.

²⁷ L. Solyom, *Comment*, in G. Nolte, ed., *European and us Constitutionalism*, Cambridge (2005), p. 210.

²⁸ For example in Asia: South Korea (1988), Mongolia (1992), Indonesia (2003).

²⁹ Sc. Dürr, *Individual Access to Constitutional Courts in European Transitional Countries*, in B. Fort, Bertrand, *Democratising Access to Justice in Transitional Countries* (Singapore 2006), pp 51-74.

³⁰ Jordan, for example introduced a specialised Constitutional Court with a constitutional amendment in 2011 and the Constitutional Court Law no.15 for the year 2012.

ordinary courts is to apply laws and not to annul them. Therefore, it is much more difficult for an ordinary judge to conclude that a provision of a law is constitutional.

- (b) The constituent power wants to provide for efficient human rights protection in a situation of democratic transition after the end of an authoritarian regime. In such a situation, citizens often mistrust the judiciary because it had to accommodate with the previous regime. Many judges will have acquiesced with the undemocratic situation, but reforming or renewing the whole judiciary is often a painfully slow process, even if it has to be addressed on a continuous basis. In such a situation, one specialised Constitutional Court, composed of judges who have an outstanding reputation, can be established relatively quickly.

This second reason calls for the introduction of an individual complaint to the Constitutional Court. By attributing individual access to a specialised Constitutional Court, this Court should be able to correct judgements of the ordinary judiciary. If this idea is to be implemented coherently, a so-called full constitutional complaint is required. A merely normative constitutional complaint, directed against unconstitutional laws only, as it was established in several Eastern European countries, cannot fulfil this purpose. The very establishment of a Constitutional Court raises high expectations in the population, which will be deceived when they find out that very often the Constitutional Court cannot help the victims of human rights violations, because the cause of those violations was not an unconstitutional law, which can be attacked before the Constitutional Court, but 'only' the unconstitutional application of a constitutional law. Such violations, which are much more frequent than violations due to unconstitutional laws, cannot be remedied with the normative constitutional complaint. There is a serious danger - which turned into reality in some countries - that high expectations towards the new Constitutional Court as an efficient human rights protector turn into deception and a negative attitude of at least parts of the population towards that Court.

Following the logic of the above mentioned Brighton Declaration, specialised constitutional courts should however be entrusted with a full constitutional complaint, which would be seen as an effective

remedy by the European Court of Human Rights. In this vein, the Venice Commission positively assessed the project to introduce a full constitutional complaint in Hungary³¹, Turkey³² and in Macedonia³³, and called upon Ukraine to transform its normative constitutional complaint into a full constitutional complaint.³⁴ Recently, the Venice Commission strongly recommended Montenegro not to weaken the existing constitutional complaint by replacing the Court's powers to repeal ordinary court decisions, by a mere declaration of their unconstitutionality³⁵.

c. The Venice Commission's Study on Individual Access to Constitutional Justice

The Commission's Study first distinguishes the various forms of individual access: diffuse vs. concentrated review³⁶, whereby diffuse control mostly exists in Northern European countries and various forms of concentrated review is prevalent in Southern and Eastern Europe. However, it is difficult to make a clear distinction between

³¹ In Hungary the constitutional complaint replaced an *actio popularis*. While criticizing other aspects of constitutional reform in Hungary, the Venice Commission welcomed the introduction of the constitutional complaint: CDL-AD(2012)009, Opinion on Act CLI of 2011 on the Constitutional Court of Hungary adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary Session (Venice, 15-16 June 2012); CDL-AD(2011)001, Opinion on three legal questions arising in the process of drafting the New Constitution of Hungary - Adopted by the Venice Commission at its 86th Plenary Session (Venice, 25-26 March 2011).

³² Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey adopted by the Venice Commission at its 59th Plenary Session (Venice, 18-19 June 2004, CDL-AD(2004)024), followed by the Opinion on the law on the establishment and rules of procedure of the Constitutional Court of Turkey adopted by the Venice Commission at its 88th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2011, CDL-AD(2011)040).

³³ CDL-AD(2014)026, Opinion on the seven amendments to the Constitution of "the former Yugoslav Republic of Macedonia" concerning, in particular, the judicial Council, the competence of the Constitutional Court and special financial zones, adopted by the Venice Commission at its 100th Plenary Session (Rome, 10-11 October 2014).

³⁴ Opinion on Proposals amending the Draft Law on the Amendments to the Constitution to strengthen the Independence of Judges of Ukraine, adopted by the Venice Commission at its 97th Plenary Session, (Venice, 6-7 December 2013), CDL-AD(2013)034, paragraph 11.

³⁵ CDL-AD(2014)033, Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of Montenegro, adopted by the Venice Commission at its 100th Plenary Session (Rome, 10-11 October), para. 52.

³⁶ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 34.

these systems. Some countries, like Portugal, have mixed systems, combining constitutional review by the ordinary courts with that of a specialised Constitutional Court.

In an opinion on Estonia, the Venice Commission recognised that the establishment of a Constitutional Chamber within a Supreme Court, like in Costa Rica, is a perfectly valid option for establishing a democratic constitutional system³⁷. Nonetheless most of the new democracies in the Central and Eastern Europe have opted for a specialised Constitutional Court. Such a choice necessarily results in questions of distribution of jurisdiction between the ordinary courts and the Constitutional Court, and raises a series of questions, which the Study tries to address. Therefore, the Study points out that a number of issues it deals with relate to countries with a specialised Constitutional Court³⁸.

Another important distinction is *a priori* and *a posteriori* review³⁹. A limitation to abstract *a priori* review, that is before laws are enacted, was a typical feature of the French system. However, since the 2008 constitutional reform, the Priority Question of Constitutionality has provided for individual, albeit indirect access and it introduced an important shift towards the review of laws that are already in force. More and more, the Constitutional Council changes from a political to a judicial institution⁴⁰. In other countries, *a priori* control is known in order to examine the constitutionality of treaties before they are ratified. The reason for such *a priori* control is that once a treaty is ratified, it would be difficult to remedy, *a posteriori*, a finding of unconstitutionality because the State is bound to follow the treaty under international law.

At least in theory, *a priori* examination can avoid the enactment of unconstitutional legislation. However, unconstitutional effects of legislation often are only discovered at the time of its application, in practice. Systems, which only provide for *a priori* review, have to live

³⁷ Opinion on the Reform of Constitutional Justice in Estonia (CDL(1998)059).

³⁸ CDL-AD(2010)029rev, paragraph 26.

³⁹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 44.

⁴⁰ A removal of the former Presidents of the Republic from the membership of the Council would reinforce this process and would strengthen the Council's role as an independent judicial organ.

with the absence of a remedy against unconstitutional laws if either those laws had not been submitted to *a priori* review or when the unconstitutionality only becomes evident during the application of the law.

a. Indirect access

The Venice Commission's Study continues to examine indirect access, foremost preliminary requests to the Constitutional Court⁴¹. When Italy, for instance, established a Constitutional Court, the constituent power chose the preliminary request as a means for individual access. When ordinary judges have to apply a legal provision deemed unconstitutional, they stay the proceedings in the case before them and send a request for constitutional review of that provision to the Constitutional Court⁴². The Constitutional Court either annuls the provision or upholds it as it constitutional⁴³. When the requesting judge (the judge *a quo*) receives the reply from the Constitutional Court (the judge *ad quem*), the ordinary judge resumes the case and decides it on the basis of the decision of the Constitutional Court, (a) either applying the provision found constitutional, (b) applying it with an interpretation given by the Constitutional Court, or (c) by disregarding the provision if it was found to be unconstitutional. Preliminary requests to the Constitutional Court exist in a number of countries, sometimes as the sole type of individual access (e.g. Italy, Lithuania, Romania⁴⁴, France⁴⁵), sometimes together with a direct individual complaint (e.g. Belgium⁴⁶, Germany, Spain⁴⁷).

⁴¹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 56.

⁴² A. Quaranta, *Il giudizio incidentale di legittima costituzionale*, CDL-JU(2012)025.

⁴³ The Constitutional Court of Italy has developed a number of intermediary types of judgement, which provide a specific interpretation of the law, which has to be applied to make the provision constitutional, A. D'Atena, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della corte costituzionale*, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/06_11_09_DAtena.pdf.

⁴⁴ A. Zegrean, *L'exception d'inconstitutionnalité à la Cour constitutionnelle de la Roumanie*, CDL-JU(2012)023.

⁴⁵ J. de Guillenchmidt, *La question prioritaire de constitutionnalité*, CDL-JU(2012)028.

⁴⁶ P. Nihoul, *Les questions préjudicielles*, CDL-JU(2012)027.

⁴⁷ R. Arribas, «Cuestiones» *posées par le juge ordinaire à la Cour constitutionnelle d'Espagne (et autres modes d'accès de l'individu à la Cour constitutionnelle)*, CDL-JU(2012)024.

In some countries, all levels of the judiciary can make preliminary requests, whereas in France or now also in Jordan, lower instance judges have to send a request first to the supreme court(s) and it is the latter court(s) that finally decide whether or not to make a preliminary request to the Constitutional Court. Such a filter by the ordinary supreme court(s) has the advantage of reducing the case-load of the Constitutional Court. However, there is a serious danger that these courts take their filtering task too seriously so that important cases do not reach the Constitutional Court because the Supreme Court prefers settling the issue within the ordinary judiciary. We have seen this danger in France⁴⁸ and recently also in Jordan.

The Venice Commission recommends giving courts of all levels access to the Constitutional Court⁴⁹. In principle, preliminary requests are less of a danger for creating conflicts between the ordinary and the constitutional judiciary than individual complaints but the (excessive) filtering of preliminary requests can easily become the source of such conflicts.

A key issue is whether the judge *a quo* is obliged to make a preliminary request or whether s/he has discretion. The Study recommends that when there is no direct individual access to constitutional courts, it would be too high a threshold condition to limit preliminary questions to circumstances where an ordinary judge is convinced of the unconstitutionality of a provision; serious doubt should suffice⁵⁰.

The Venice Commission's Study also examines requests to the Constitutional Court by the Ombudsperson and recommends introducing such access in parallel to preliminary requests or direct constitutional complaints. Through his or her work, the ombudsman has an excellent knowledge about the application of the laws and can easily identify unconstitutional laws. As a consequence, the ombudsman should also have the possibility to request the annulment

⁴⁸ Fatin-Rouge Stéfanini, Marthe, *Le filtre exercé par le Conseil d'Etat, La QPC vue du droit comparé - Mars 2013*, http://www.gerjc.univ-cezanne.fr/fileadmin/GERJC/Documents/COMMUNICATIONS/Le_filtre_exerce_par_le_Conseil_d_Etat_1.pdf.

⁴⁹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 62.

⁵⁰ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 216.

of such laws by the Constitutional Court, either in abstract form⁵¹ or possibly by referring to a specific case.

b. Direct access

While Kelsen ‘invented’ specialised constitutional courts, he did not favour individual access. According to him, only State bodies should be able to appeal to the Constitutional Court⁵², except for the challenge of administrative acts⁵³.

Various forms of direct access have been developed over time. Like Kelsen, the Venice Commission has a critical attitude towards the *actio popularis*, whereby any citizen can request the annulment of a law, even if the citizen is not affected by that law. Such a wide access can lead to a serious over burdening of the Constitutional Court. In Croatia, where an *actio popularis* exists, a single person, a retired judge, brought some 700 cases to the Constitutional Court, which had to deal with each request⁵⁴. Hungary replaced the *actio popularis* with an individual complaint.

The Commission’s Study focuses on the individual complaint to the Constitutional Court. This term covers quite different procedures. The normative constitutional complaint can be directed only against – allegedly – unconstitutional laws, whereas the full constitutional complaint is directed against unconstitutional individual acts, no matter whether these acts are based on an unconstitutional law or not. The normative constitutional complaint has been introduced mainly in Eastern European countries (e.g. Russia, Ukraine), whereas the full constitutional complaint has been developed first in Germany. The Spanish *amparo* is a full constitutional complaint as well.

⁵¹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 62.

⁵² Kelsen referred to the *actio popularis*: Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in: *VVdStRL 5* (1929), S. 31-88 (68 f., 70, 74), available at : <http://www.hans-kelsen.de/gericht.pdf> (accessed 23.1.2014); see also V. Neumann, *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*, *Humboldt Forum Recht*, 9/2012, p. 1. <http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=269> (accessed 23.1.2014).

⁵³ G. Brunner, *Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im Europäischen Raum*, CDL-JU(2001)022, p. 15.

⁵⁴ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 74.

In Germany, the horrors of the Nazi regime brought about the need to establish a constitutional court not only as a “State Court”, in charge of disputes between state authorities but also as a protector of human rights. The 1951 Law on the Constitutional Court of Germany introduced an individual complaint to the newly established Constitutional Court, even though the German Constitution, the Basic Law, remained silent on this issue. Only in 1969, the Basic Law was amended to provide for the individual complaint also on the constitutional level.

Most important from the viewpoint of providing an efficient multi-level human system of rights protection, the Venice Commission’s Study examines whether individual complaints can function as a national filter for cases reaching the European Court of Human Rights. Starting from the need to address the heavy case-load of that Court, the Study provides advice on how to design an individual complaint so that it can become an “effective remedy” under Article 13 of the European Convention on Human Rights. The decisive criterion is, according to Article 35 of the Convention, whether the European Court of Human Rights insists on the exhaustion of a remedy or whether it accepts an application directly without insisting that such a remedy be exhausted before making an application to the Strasbourg Court.

The European Court of Human Rights will only recognise a national remedy as “effective” if this remedy can provide relief to the complainant. As a consequence, a constitutional complaint has to result in a binding judgement. For example, a mere recommendation to Parliament to amend an unconstitutional law is obviously not sufficient. The Constitutional Court also must be obliged to hear the case, i.e. there cannot be discretion on whether the Court takes on a case, and there must not be unreasonable demands as to the costs and legal representation by a lawyer for the applicant⁵⁵.

Complaints against excessive length of procedure are a special case. Here, the Constitutional Court has to be able to order the speedy resumption of proceedings. This means that the Court has to provide not only a compensatory but also an acceleratory remedy⁵⁶.

⁵⁵ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 93.

⁵⁶ On this point see also the Venice Commission’s Study on the Effectiveness of National Remedies in respect of Excessive Length of Proceedings adopted by the Venice Commission at its 69th Plenary Session (Venice, 15-16 December 2006), CDL-AD(2006)036, para. 173.

The Study continues to give advice on institutional design of individual complaints procedures by examining time-limits, which should be reasonable⁵⁷. As concerns the obligation to be represented by a lawyer, the Commission insists on the availability of free legal aid also for constitutional proceedings⁵⁸. Court fees should remain reasonable and it should be possible to reduce them in justified cases⁵⁹. When there is a complaint against a judgement that was decided in favour of a third party, that party should have the opportunity to make a statement also in the constitutional complaint proceedings⁶⁰.

Complex questions arise in relation to interim measures. According to the Commission's Study, the Constitutional Court should be able to suspend a challenged provision if its implementation would result in further damage that cannot be repaired⁶¹. Such powers are wide, especially given that in such a case Court has not yet decided on the constitutionality of the provision, but already suspends it with *erga omnes* effect pending the final judgement. Only serious irreparable damage can justify the suspension of legislation adopted by Parliament.

c. Standard of review – “Convention friendly” interpretation of constitutional rights

Whatever the type of appeal to the Constitutional Court may be, typically the standard of control of legislative or individual acts will be the fundamental rights of the national Constitution and not the rights provided for in the European Convention on Human Rights. Therefore, numerous questions arise when the scope of constitutional rights and the Convention rights differ. Only few Constitutional Courts use the Convention itself as the relevant standard. The Constitutional Court of Austria does so because the Austrian Constitution does not contain a human rights catalogue. The major political parties could never agree

⁵⁷ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 112.

⁵⁸ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 113

⁵⁹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 117.

⁶⁰ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 132.

⁶¹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 149.

on whether such a catalogue should also contain social rights and therefore they agreed to raise the European Convention on Human Rights to the constitutional level⁶². Also due to the fact that the so-called Dayton Constitution of Bosnia and Herzegovina was part of an internationally brokered agreement to end the civil war in that country, this Constitution provides that the European Convention on Human Rights is part of the Constitution to have some kind of human rights catalogue⁶³. Typically, all other specialised constitutional courts apply the human rights catalogue of their own Constitution as the standard of review. These rights can differ not only in their formulation, but also in the way how limitations are expressed, either in a specific or a general limitation clause⁶⁴. Even if the national rights and the Convention right seem to be close textually, the interpretation which is given to them by the national Constitutional Court and the European Court of Human Rights can differ substantially. Therefore, if the individual complaint is to serve also as an effective national remedy filtering cases before they are brought before the European Court, the national rights need to be interpreted in a “convention friendly”⁶⁵ manner. This does not mean that the interpretation of these rights has to be the same for both courts. Without endangering the assessment as an effective remedy, the national complaint can be wider and can confer more freedom to the individual. However, the national interpretation

⁶² National report submitted in accordance with paragraph 15 (a) of the annex to Human Rights Council, Austria, A/HRC/WG.6/10/AUT/1, paragraph 9.

⁶³ Although this is unrelated to the issue of individual complaint, it is interesting to note that the supreme courts of the Netherlands (the Supreme Court and the State Council, which is the supreme administrative court) even use the Convention as the only standard of review in human rights matters because Article 120 of the Dutch Constitution explicitly excludes that any judge may disregard laws adopted by Parliament because the law is found to be contrary to the Constitution. Thus explicitly excluding any constitutional review, Article 120 is probably the most radical expression of parliamentary sovereignty, a remnant of the mistrust of the French revolution in the judges. Le juge « *la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* », Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748).

⁶⁴ This issue was the subject XIIIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on the “Criteria for the Limitation of Human Rights in the Practice of Constitutional Justice” (Nicosia, 16-17 October 2005), http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_01_01_Regional_CECC_Cyprus.

⁶⁵ Vallianatos and others v. Greece (applications nos. 29381/09 and 32684/09), partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque.

should not be narrower than the European one. If the scope of the national right were considerably narrower than the Convention right, the European Court of Human Rights would probably find that this remedy is not effective and would accept complaints without insisting in the exhaustion of this remedy.

d. Effective execution / implementation

The term “effective remedy” implies that judgments of constitutional courts have to be implemented to be effective. The Study identifies the interpretation in conformity with the Constitution as an area where implementation can easily be a problem if the ordinary courts do not follow the constitutional interpretation given by the Constitutional Court but continue to apply an interpretation of the law, which was found to be unconstitutional. Therefore, the Venice Commission recommends introducing a provision in the Constitution, which obliges all other state powers to follow a provision’s interpretation given by the Constitutional Court⁶⁶.

Unfortunately, in Europe several constitutional courts are faced with at least occasional non-implementation / execution of their judgements⁶⁷. While the non-respect of judgements is certainly a problem of legal culture – or rather the absence of such a culture, the Courts themselves can contribute to overcome this problem. Several elements can be important: the Court should be coherent with its own case-law. There will always be new issues to be decided but to the extent possible, the case-law of a Constitutional Court should be predictable and the Court should not ‘surprise’ the state powers and the public. The better a judgement follows arguments expressed in earlier case-law, the better it will be accepted and, as a consequence,

⁶⁶ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 165.

⁶⁷ P. Paczolay, “Experience of the Execution of Constitutional Court’s decisions declaring legislative omission in Hungary, Conference on “Execution of the decisions of constitutional courts: a cornerstone of the process of implementation of constitutional justice” (Baku, Azerbaijan 14-15 July 2008), CDL-JU(2008)029; Synopsis of the Conference on the “Execution of decisions of Constitutional Courts” (Baku, Azerbaijan, 14-15 July 2008): Synopsis, CDL-JU(2008)051syn.

implemented. Courts can even construct their case-law by referring to important arguments as an *obiter dictum* in judgements where they are not decisive. In a later case, the Court can then already refer to its earlier case-law and the new case will become part of a coherent string of precedents.

e. Constitutional matters

Finally, the Report on Individual Access to Constitutional Justice, examines the relationship between Constitutional Courts and ordinary courts and identifies the danger that the Constitutional Court become a 'super-Supreme Court' or the so-called '4th instance'. Therefore, it is necessary to give a narrow scope of the term 'constitutional matter'. The definition of this concept is crucial for finding a delimitation of competences between supreme courts and the Constitutional Court. The biggest danger stems from a wide interpretation of the right to a fair trial (Article 6 of the European Convention on Human Rights). If widely interpreted, any incorrect interpretation of the law by an ordinary court or a violation of procedural law can result in a violation of the right to a fair trial, and becomes a constitutional matter giving rise to a constitutional complaint. Sometimes, constitutional courts thus 'slide' into the interpretation of ordinary law, and (supreme) ordinary courts are – rightly – upset about such interference. There is no obvious or simple solution. Not each violation of ordinary law can be a constitutional matter but some violations certainly are⁶⁸. Here, the Study cannot provide a simple solution when it recommends: "The constitutional court should only look into 'constitutional matters', leaving the interpretation of ordinary law to the general courts. The identification of constitutional matters can, however, be difficult in relation to the right to fair trial, where any procedural violation by the ordinary courts could be seen as a violation of the right to a fair trial. Some restraint by the constitutional court seems appropriate, not least in order to avoid its own overburdening, but also out of respect of the jurisdiction of ordinary courts'⁶⁹.

⁶⁸ On this issue see Brunner, CDL-JU(2001)022, p. 20 seq.

⁶⁹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 211.

III. Accession of the European Union the European Convention on Human Rights

d. The Problem

Let us turn to Accession of the European Union the European Convention on Human Rights.

In Europe, two international organisations deal – at least partially – with human rights. The older organisation is the Council of Europe with its 47 member states and covers nearly the entire continent⁷⁰. The Council of Europe is the “mother” organisation for the European Court of Human Rights in Strasbourg. While in the framework of the OAS, you have the separate Inter-American Commission and Court of Human Rights, two such bodies have been merged in Europe through Protocol 11 to the European Convention Human Rights⁷¹ into the permanent European Court of Human Rights.

The European Union, which now has 28 member states, established the Court of Justice in Luxembourg. While the latter Court originally dealt mostly with economic issues, it was forced by a national Court, the Constitutional Court of Germany⁷², through the Solange I judgement, to establish its own human rights case-law. Without a specific legal basis for the protection of Human Rights, the Court of Justice first drew inspiration from “constitutional traditions common to the Member States”⁷³. In practice, this meant that the Luxembourg Court followed the case-law of the Strasbourg Court. This changed with the proclamation of the European Union’s Charter of Fundamental Rights in 2000 and the conversion of the Charter into binding law through the Lisbon treaty.

⁷⁰ With the exception of Belarus and Kosovo, which are not Council of Europe member States.

⁷¹ Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby, Strasbourg, 11.V.1994, Since its entry into force on 1 November 1998, this Protocol forms an integral part of the Convention (ETS No. 5).

⁷² Solange I, BVerfGE 37, 271 ff.

⁷³ Nold 4/73 [1974] ECR 491, §13

Now two Courts deal with human rights and they have two parallel human rights treaties to interpret. With the Charter a new dynamics developed. Not only the Court of Justice of the EU interprets the Charter, also national Constitutional Courts refer to it⁷⁴. The Charter contains a number of rights which do not exist in the Convention, e.g. Article 8 on data protection. However, many of the fundamental rights contained in the Charter overlap in with rights contained in the Human Rights Convention, for example the right to a fair trial of Article 6 of the European Convention is covered by Article 47 of the Charter. It is these overlapping rights, where there is a danger of divergent interpretation between the two texts. It is important to have a common standard for those.

There is no human rights crisis in the European Union, which would warrant urgent accession to the Convention⁷⁵. However, the emergence of a human rights system with two basic texts, interpreted by two separate courts, could easily lead to a divergence in protection standards and this should be avoided⁷⁶. While we should not exaggerate this problem, there is already an example of a very wide interpretation of the Fundamental Rights Charter, that, if pursued could potentially lead to divergent interpretation. In the case the judgment in *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*⁷⁷, the Court of Justice of the European Union used a very wide interpretation of the applicability of the

⁷⁴ A number of Constitutional Courts have referred to the Charter. Most active in this regard were the Constitutional Court of Austria (U466/11-18, U1836/11-13 of 14.03.2012, G 47/2012, G 59/2012, G62,70,71/2012 of 07.06.2014,66/2013 of 12.03.2014, U466/11-18, U1836/11-13 of 14.03.2012, KR 1-6, 8/00 of 12.12.2000) and the Constitutional Court of Belgium (146/2013 of 07.11.2013, 49/2011 of 06.04.2011, 103/2009 of 18.06.2009, 58/2009 of 19.03.2009, 167/2005 of 23.11.2005). Other examples are the Constitutional Courts Croatia (SuS-1/2013 of 14.11.2013), Poland (P 9/04 of 31.01.2005), Romania 967/2012 of 20.11.2012) or Spain 37/2011 or 28.03.2011, 292/2000 of 30.11.2000).

⁷⁵ Odermatt, Jed, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, KU Leuven, Working Paper No. 136 – April 2014, https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/new_series/wp131-140/wp136-odermatt.pdf (accessed 10/2014).

⁷⁶ Polakiewicz, Jörg, *Concluding remarks: Present Challenges and Future given at the Conference Fundamental Rights in Europe: A Matter for Two Courts*, Oxford Brookes University, Strasbourg, 13 June 2014, available at http://www.coe.int/en/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset_publisher/ja71RsfCQTP7/content/-fundamental-rights-in-europe-a-matter-for-two-courts-?.

⁷⁷ Case C-617/10 REC, *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*.

Convention when it held that the EU Charter applied wherever a state acts “within the scope of European law”⁷⁸.

It is also very important from the viewpoint of the individual to make it clear which human right standards he or she can rely on and which Court will have the final say in human rights matters. The member States, too, insist that the EU, to which they have devolved many competences, is bound by the same standards as they are themselves.

Finally, since Solange I, the European Union has taken up human rights as a key topic, not only within the Union – for instance with the establishment of the Fundamental Rights agency in Vienna – but also in its external relations, where often there is a conditionality between trade or accession agreements and human rights protection. In accession negotiations, now in the Balkans, with Albania, Montenegro and Serbia, the EU strongly insists on improvements in the human rights field⁷⁹.

So far, the EU has developed a reasonably well functioning system of internal control over its own activity. However, there is no external control whether the EU lives up to the standards which it promotes. In order to be credible within the Union and abroad, external control is necessary and the external body to turn to was obviously the European Court of Human Rights. Accession of the EU to the Convention can provide such control and will give the EU additional credibility in human rights matters. EU citizens will have the benefit of being able to address also an outside instance when they are of the opinion that the EU has violated their rights.

e. The solution – accession of the EU to the European Convention on Human Rights

The solution found to ensure a coherent system of human rights protection in Europe was the accession of the EU to the European Convention on Human Rights⁸⁰.

⁷⁸ Polakiewicz, Jörg, *ibid*.

⁷⁹ See conditions for EU membership at http://ec.europa.eu/enlargement/policy/conditions-membership/index_en.htm.

⁸⁰ This solution had already been envisaged before the Lisbon Treaty, but in 1996, the Court of Justice of the European Communities had found that there was not a sufficient legal basis in

The very idea of the European Union, an international organisation joining the European Convention on Human Rights, which only envisages membership for individual states is daunting⁸¹. Given that it has taken over certain competences from its member states, the European Union already had become member of other international organisations in these fields, for instance the UN Food and Agriculture Organisation or the World Trade Organisation⁸². However, accession to the European Convention on Human Rights does not follow the same logic. The EU does not have a general human rights competence. This accession follows the logic of submitting to external control in human rights matters and a specific basis need to be established on the level of the founding treaties of the EU.

Thanks to accession, the European Court of Human Rights becomes the final interpreter in human rights matters. This goal had to be approached from two sides, the European Union and the Council of Europe:

With the treaty of Lisbon, the EU introduced Article 6.2 into the Treaty on European Union (TEU), which provides that: “The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union’s competences as defined in the Treaties.” This second sentence is already an indicator of a struggle between the EU and member states, which agree to the goal of an external control of acts of the Union, but which do not wish give the EU a general competence in human rights matters, fearing that then the EU would exercise a general control of human rights also in the member states.

On the side of the Council of Europe, Protocol 14, which we have referred to above, added a paragraph 2 to Article 59 of the European Convention on Human Rights providing “The European Union may accede to this Convention.” In view of the specific purpose of accession

the treaties (Opinion 2/94 [1996] ECR I-1759). In order to pursue this goal, the Lisbon Treaty introduced such a legal basis in Article 6.2 TEU.

⁸¹ For criticism of this approach, see Schilling, Theodor, On Equal Footing: The Participation Rights Envisaged for the European Union After Its Accession to the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review*, 2014, 14, p. 197–229.

⁸² Odermatt, Jed, *ibid.*

and as foreseen by Article 6.2 of the Treaty on European Union, the European Union is to join the European Convention on Human Rights but not the Council of Europe the international organisation 'managing' the Convention and the European Court of Human Rights. This choice brought about a number of complications.

While these two provisions laid out the basis for accession, they are by no means sufficient and needed to be complemented by a specific accession agreement, which in turn will need to be followed by further changes of internal regulations in the Council of Europe and the Union.

The negotiations had to take into account the specific characteristics of the autonomous legal system of the EU, while preserving the specific features of the European Convention on Human Rights. The negotiation process leading to the Draft Accession Agreement (DAA)⁸³ took place in several fora.

The main negotiations were held in the 47+1 format, i.e. the 47 member states negotiated with the EU. Among the 47 Council members, however, 28 were members of the EU. Therefore, in practice, the 19 non-EU members had a special negotiating position. Not least because of their inferior number as compared to the EU members, they had to pool their interests and indeed they came up with a common negotiating position⁸⁴, mostly insisting on the principle of equal treatment of the EU between the EU and the other members states. However, due to the specific nature of the EU, it was very difficult to follow this principle⁸⁵.

Negotiations took also place in two other fora, first between the Strasbourg and the Luxembourg Courts, resulting in a joint communication of the two Court presidents⁸⁶. Further negotiations

⁸³ Available at [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf).

⁸⁴ Dzemzewski, Andrew, *The EU Accession to the ECHR: The Negotiation Process*, in *The EU Accession to the ECHR*, Kosta, Vasiliki / Skoutaris, Nikos / Tzevelekos, Vassilis, Oxford and Portland (2014), p. 17-28.

⁸⁵ Schilling, Theodor, On Equal Footing: The Participation Rights Envisaged for the European Union After Its Accession to the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review*, 2014, 14, p. 197-229.

⁸⁶ Joint communication from Presidents Costa and Skouris, 24 January 2011, available at http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf.

took place in the Joint Informal Body in which both the EU Parliament and the Parliamentary Assembly of the Council of Europe discussed the election of a judge of the Strasbourg Court in respect of the European Union⁸⁷.

f. Election of a judge in respect of the European Union

As a party to the Convention, the EU should have a judge at the Court, like this is the case for all other member States. Judges of the European Court of Human Rights are elected by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe. This Assembly is distinct from the European Union's European Parliament. The Assembly is composed of delegations from the national parliaments of the 47 member states of the Council of Europe, which send, depending on the size of the country, between 3 and 18 national members of Parliament four times a year to Strasbourg for the sessions of the Parliamentary Assembly.

Due to the basic choice that the European Union should join the European Convention on Human Rights but not the Council of Europe, the problem was that the EU would not be represented in the Parliamentary Assembly, which would elect its judge.

In order to overcome this problem, Article 6 of the Draft Accession Agreement provides that when the Parliamentary Assembly elects the judges in respect of the European Union, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe will be reinforced with a 48th delegation from the Union's European Parliament, of the same size as the largest member states, i.e. 18 members. This delegation will have full voting rights.

g. System of co-responsibility

Due to the nature of often concurring competences between the European Union and its member states there are many instances when an act can be attributed to both the Union and to one more

⁸⁷ Dzemzewski, Andrew, *ibid.*

of its member States, especially when EU member states implement legislation adopted by the Union.

Therefore, a mechanism had to be devised to provide for joint responsibility in such cases (Article 3 of the Draft Accession Agreement). If the application is directed against an EU member state the EU can – voluntarily – become re-responsible and when the application is directed against the EU, member States can join as co-respondent⁸⁸. It is probable that the EU will always join member States when the conditions are met⁸⁹. The mechanism of co-responsibility intervenes only when applications have already been found admissible.

When the Strasbourg Court finds a violation both the respondent and the co-respondent shall be jointly responsible, unless the Court, on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent, decides that only one of them be held responsible (Article 3.7 DAA).

The decision on whether the EU or a member State can become co-respondent lies with the European Court of Human Rights, which assesses whether it is “plausible” that the conditions for co-response have been met (Article 3.5 DAA). Even if the standard of control is deliberately low (“plausible”), the issue was discussed whether such an assessment by an external institution is compatible with the autonomy of the legal system of the Union⁹⁰. This will have to be assessed in the pending Opinion by the EU Court of Justice.

When the co-respondent mechanism is invoked and the EU Court of Justice had not yet assessed the compatibility of the challenged provision with EU legislation, “sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment” (Article 3.6 DAA). This so-called “prior involvement mechanism means in practice a privilege for the EU as compared to the other 47 member

⁸⁸ There was discussion on whether the EU and the member States have to inform each other mutually when they are a respondent in an application at the European Court of Justice. In his blog, replies to the positive, referring to the duty of sincere co-operation (Article 4.3 TEU), Johansen, Stian Oby, Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU-ECHR accession agreement (part 1 of 2) <http://obykanalen.wordpress.com/2014/05/06/some-thoughts-on-the-ecj-hearing-on-the-draft-eu-echr-accession-agreement-part-1-of-2> (accessed 10/2014).

⁸⁹ Appendix II to the Draft Accession Agreement contains a draft declaration by the EU to this effect.

⁹⁰ Johansen, Stian Oby, *ibid.*

states.⁹¹ Their Constitutional or Supreme Courts do not get a chance to assess the compatibility with their Constitution of an act before the case is brought to the Human Rights Court if they have not yet done so already.

The author is of the opinion that such a right should be introduced also for member States, which could opt that such a procedure be made available for their Constitutional and/or Supreme Courts. This would improve the quality of human rights protection at the national level in line with the Brighton Declaration. Of course, national legislation – probably on the constitutional level – would have to be adapted in order to provide for a competence for these highest courts for cases when - according to current procedural law - there is none.

h. EU participation in the Committee of Ministers - Execution of judgements by the Committee of Ministers of the Council of Europe

Another issue is the execution of judgements. According to Article 46 of the Convention, it is the Committee of Ministers of the Council of Europe, which supervises the execution of the judgements of the European Court of Human Rights. Again, all 28 member states of the European Commission are represented in the Committee of Ministers but not the European Commission, which is the ‘Government’ of the European Union. The solution found was to include an EU representative in the Committee of Ministers when it deals with issues relating to the European Court of Human, rights and notably in decision on the execution of judgements. The problem encountered here was that the EU would have some kind of double representation because it would be represented as an organization and through it 28 member states. The danger seen specially by the 19 non EU-member States as that the EU and its member States could vote ‘en bloc’ and thus systematically outvote the other States. Therefore, the Draft Accession Agreement provides for special voting rules

⁹¹ Gragl, Paul, A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights, Common Market Law Review, Forthcoming, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2352906.

– so-called “hyper-minorities” –, which would avoid the problem of bloc-voting⁹².

i. Current status of accession procedure

Where is this procedure now? The European Commission has submitted the draft agreement to the European Court of Justice for an opinion on its conformity with the EU treaty. In May 2014, the Court of Justice of the European Union held a preparatory hearing in order to define its opinion. At this hearing, the EU institutions and the member states present were in favour of accession and the compatibility of the accession agreement with the EU treaties⁹³.

The Court of Justice will probably issue its opinion in December 2014. It is unlikely that the opinion would find the agreement fully compatible or fully incompatible with the EU treaties. More probable is some middle ground. The opinion could find the agreement compatible under specific conditions. Depending on the scope of these conditions, the adoption of internal EU rules may be sufficient or it may be necessary to re-open the negotiations on the agreement itself. There is, however, a danger that such a re-opening of the negotiations could lead to serious delays because of internal power struggles in the EU.

The author’s guess is that that the Court will find some contradiction with the Lisbon treaty, maybe relating to the provision that it is the European Court of Human Rights, which has to assess whether it is ‘plausible’ that a member State or the EU should become co-respondent (Article 3.5 DAA).

Finally, the agreement will have to be ratified by the EU and all 47 member states. De facto, this gives each member state a veto power. Implementation may thus take time. Therefore, accession will eventually happen, but internal EU Procedures, legal constraints and other obstacles, including political will from the 48 parties involved, may considerably delay the process.

⁹² Gragl, Paul, *ibid.*

⁹³ Johansen, Stian Oby, *ibid.*

The Draft Accession Agreement has to be complemented by internal Rules of the EU in order to be implemented. So far, these internal rules have not been published. The EU Commission probably prefers to wait in order to be able to integrate requirements, which could be set out in the opinion of the Court of Justice.

Even if there is no need to re-open negotiations, the entry into force of the Accession Agreement depends on the ratification by all 48 parties and this means that de fact each Council of Europe member state has a veto or at least delaying power.

IV. Conclusion

We have seen that there are some very positive developments in the human rights field in Europe. Important member States of the Council of Europe, like Turkey, have introduced an individual complaint with the explicit purpose to settle human rights issues on the national level and to reduce the high number of cases at the Strasbourg Court. Such individual complaints have to be designed in a way that makes them an effective remedy which has to be exhausted before a case can be brought before the European Court of Human Rights.

The most efficient remedy – according to Article 35 of the Convention by the European Court of Human Rights – is the full constitutional complaint, which allows challenging also unconstitutional individual acts. Countries, which have such a full individual complaint, like Germany or Spain, have significantly lower levels of condemnation by the Strasbourg Court than those with normative complaints⁹⁴.

The introduction of a full constitutional complaint is therefore an efficient means of human rights protection. At the same time it reduces the work-load of the European Court of Human Rights. Therefore, the Venice Commission recommends the introduction of full constitutional complaints in countries, which already have a normative complaint, like Ukraine, in countries which have a preliminary request to the

⁹⁴ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 5.

Constitutional court, like was the case in Turkey and in countries, which have no individual access at all, like in Bulgaria.⁹⁵

The other positive development is the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. This accession will eventually ensure that in Europe there will be a coherent system of human rights protection.

However, we have to see these positive steps also in the context of serious conflicts between the European Court of Human Rights and some of its member states. Due to conflict between the Court and Russia the entry into force of Protocol 14 was delayed. The reason for this conflict are several judgements, which have displeased the Russian authorities, starting with *Ilaşcu v. Moldova and Russia*⁹⁶ where Russia was held responsible for the acts of the *de facto* authorities in another country, in the region of Transnistria in Moldova. Even more resented was the *Kononov v. Latvia* judgement⁹⁷. Russia was not even a party in these proceedings but the European Court of Human Rights found no violation of the Convention when Latvia sentenced Mr Kononov for war crimes, which he committed as communist partisan in 1944.

Another - even more serious - conflict opposes the United Kingdom to the European Court of Human Rights. In the case *Hirst v. UK*, the European Court held that the UK violated the Convention when it denied all prisoners without distinction the right to vote⁹⁸. This judgement has not been implemented in the UK and – probably to avoid outright conflict – the Committee of Ministers postponed this execution to 2015⁹⁹. In the general public, another judgement was even more contentious, *Abu Qatader vs. UK*, where the Court prevented expulsion of an Islamist hate preacher to Jordan because of the danger that he might be tortured in Jordan. This discussion is

⁹⁵ Opinion on the Constitution of Bulgaria adopted by the Venice Commission at its 74th Plenary Session (Venice, 14-15 March 2008), CDL-AD(2008)009, paragraph 88.

⁹⁶ ECTHR, *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, no. 48787/99.

⁹⁷ ECTHR, *Kononov v. Latvia*, no. 36376/04; On this point see Vermin, J, *Crossing the line*, Russian Law Online, <http://www.russianlawonline.com/content/crossing-line>.

⁹⁸ For arguments for and against implementation, presented to the House of Lords, *European Court of Human Rights rulings: are there options for governments?*, Vaughne Miller, International Affairs and Defence Section, House of Lords Library, Standard Note SN/IA/5941.

⁹⁹ Decision adopted by the Committee of Ministers at the 1208th meeting (23 25 September 2014), http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/reports/pendingcases_EN.asp?CaseTitleOrNumber=hirst&StateCode=UK.&SectionCode.

no longer limited to tabloids but also the UK Government wants to adopt a human rights bill, which would break the formal link between British courts and the European Court of Human Rights¹⁰⁰. The issue whether the United Kingdom should leave the European Convention on Human Rights is seriously considered in Parliament¹⁰¹.

Worrying is that even in Switzerland a wave of resentment against the European Court of Human Rights has built up, especially on the right wing of the political spectrum. This may be related to the traditional Swiss insistence on its independence and the rejection of the idea of “foreign judges”. While it is unlikely that Switzerland would leave the European Convention on Human Rights, such discussions probably contributed to the insistence of Switzerland on ‘subsidiarity’ in the process of reform of the Court¹⁰².

We have seen that multi-level human rights protection is a complex system where many players interact. In order to keep this system both coherent and efficient two positive trends can be observed: a reinforcement of effective remedies on the national level and the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, which will prevent the danger of a diverging interpretation of human rights.

Notwithstanding his serious illness, Prof Jean-Claude Colliard remained an active member of the Venice Commission until he passed away. With him, the Venice Commission lost one of its pillars.

¹⁰⁰ Conservatives plan to scrap Human Rights Act – read the full document <http://www.theguardian.com/politics/interactive/2014/oct/03/conservatives-human-rights-act-full-document>.

¹⁰¹ Theresa May: Tories to consider leaving European Convention on Human Rights: <http://www.bbc.com/news/uk-politics-21726612>; see also arguments presented by Vaughne Miller, International Affairs and Defence Section, House of Lords Library, Standard Note SN/LA/6577

¹⁰² Swiss Parliament: 13.3237 – Interpellation, *Kündigung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20133237; *La Suisse sera plus isolée si elle dénonce la Convention*, interview with Prof. Walter Kälin, <http://www.tdg.ch/suisse/La-Suisse-sera-encore-plus-isolee-si-elle-denonce-la-Convention/story/22597456/print.html>; Bundesrat vehement gegen Kündigung der Menschenrechtskonvention, <http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/bundesrat-vehement-gegen-kuendigung-der-menschenrechtskonvention-1.18082582>.

Protección de los derechos políticos en el sistema interamericano

J. Jesús Orozco Henríquez*

*A Jean-Claude Colliard,
ilustre e infatigable defensor de los derechos políticos.*

En el marco de la tercera ola democratizadora¹ y de la entrada en vigor en 1978 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),² fue relevante la función desempeñada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) frente a diversos regímenes latinoamericanos autoritarios o insuficientemente democráticos, tanto por medio de sus informes anuales y de país como, a partir de 1990 y según se analizará, mediante el sistema de peticiones y casos. Esto último abrió también la posibilidad de que los casos llegaran al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), tratándose de los países que hubieran reconocido su jurisdicción, con lo que se generó una importante jurisprudencia interamericana acerca de derechos político-electorales que ha contribuido a los procesos de transición y consolidación democrática de la región.

* Investigador titular “B” en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Integrante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Vid. Samuel Huntington, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, London, Norman, 1991.

² Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; entró en vigor al haber sido ratificada por el undécimo país miembro de la Organización de Estados Americanos.

Sistema interamericano de derechos humanos y normativa de derechos político-electorales

A la fecha, son 23 los países parte de la CADH, 20 de los cuales han reconocido la jurisdicción de la Corte IDH, es decir, todos los latinoamericanos,³ con excepción de Cuba, que jamás la ha suscrito, y de Venezuela,⁴ cuya lamentable denuncia de la Convención surtió efectos el 10 de septiembre de 2013, más Barbados y Surinam.

Sin duda, uno de los principales desafíos del sistema interamericano es su universalización, por lo que se aspira a que en un futuro próximo los 35 países miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) ratifiquen, se adhieran o se reincorporen no sólo a la CADH, sino a todos los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos. De hecho, hasta mayo de 2013, sólo 7 países habían ratificado los 7 instrumentos interamericanos entonces vigentes⁵ —todos esos países son latinoamericanos: Argentina, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay y Uruguay—, sin tener en cuenta los 2 nuevos instrumentos aprobados en la Asamblea General de junio de ese año,⁶ de ser así sólo se consideraría a Argentina, Ecuador y Uruguay. Si se toma en cuenta el universo de potenciales ratificaciones o adherencias a la totalidad de instrumentos interamericanos de derechos humanos por parte de los países miembro de la OEA, no se llega ni a la mitad.

³ Éstos son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.

⁴ De acuerdo con el artículo 78, párrafo 2, de la CADH: “Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”.

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

⁶ Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia y Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.

En todo caso, es importante tener presente que mientras la CIDH, al ser un órgano de la OEA, posee competencia respecto de los 35 países miembro de ésta, la Corte IDH es competente respecto de los países parte de la CADH que, además, han reconocido su jurisdicción. En este sentido, la Comisión ejerce sus atribuciones, tanto de promoción y monitoreo como de resolución de peticiones y casos por presuntas violaciones a los derechos humanos de sus habitantes, respecto de los 35 países miembro de la OEA, con independencia de que no hayan ratificado ni se hayan adherido a la Convención o de que la hayan denunciado, para cuyo efecto tiene como marco en estos países la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y el *corpus iuris* derivado de la costumbre internacional que le da sustento.⁷

El artículo 23 de la CADH establece los derechos políticos y, al efecto, expresamente prescribe que:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos;
 - b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

⁷ Tanto la CIDH como la Corte IDH han establecido que, a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre constituye una fuente de obligaciones internacionales para los estados miembro de la OEA (*vid.* CIDH, Resolución No. 3/87, caso 9647, James Terry Roach y Jay Pinkerton, Estados Unidos de América, *Informe Anual 1986-1987*, 22 de septiembre de 1987, párrs. 46-9; CIDH, Informe No. 51/01, caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra, Estados Unidos de América, *Informe Anual 2000*, 4 de abril de 2001; Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A, No. 10, párrs. 35-45. Asimismo, *vid.* el artículo 20 del Estatuto de la CIDH, aprobado por la Asamblea General de la OEA a propuesta de la CIDH.

Es conveniente tener presente que el artículo 29, inciso d, de la propia Convención precisa que ninguna de sus disposiciones

puede ser interpretada en el sentido de [...] excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Al respecto, el artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸ puntualiza lo siguiente:

Toda persona, legalmente capacitada, tiene derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.⁹

Por su parte, el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana de 2001¹⁰ establece que:

[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Entre las disposiciones de instrumentos internacionales de la misma naturaleza que es pertinente tener presentes para la interpretación de los preceptos anteriores, en términos del invocado artículo 29, inciso d, de la CADH, cabe mencionar las siguientes de las Naciones Unidas:

⁸ Aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en abril de 1948, fue la primera declaración de su género en expedirse, toda vez que se anticipó a la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

⁹ Por su parte, el artículo XXXII de la propia Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre prevé que "Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello".

¹⁰ La Carta Democrática Interamericana fue aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001.

artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948;¹¹ artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966;¹² artículo 5, inciso c, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; artículo 7 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979; artículos I, II y III de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1952; artículo 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; así como los artículos 2 y 3 de la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.¹³

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su labor de monitoreo de la situación de los derechos humanos hasta la década de 1980

A diferencia de los regímenes que prevalecían en 1978, cuando entró en vigor la CADH y comenzó la tercera ola democrática, y cuando tan sólo 3 países de Latinoamérica eran considerados auténticamente democráticos, de acuerdo con el Informe del Programa de las Naciones

¹¹ 1) Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos; 2) Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país; 3) La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

¹² Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2 y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

¹³ Entre los instrumentos regionales equivalentes, cabe tener presentes los artículos 3 del Protocolo No. 1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950, así como el 13 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Carta de Banjul, de 1981.

Unidas para el Desarrollo sobre la Democracia en el Subcontinente,¹⁴ es viable considerar que, en la actualidad, los 17 países del territorio continental y la República Dominicana cumplen en términos generales con las características básicas del régimen democrático, al menos en su dimensión electoral y política.

Aun cuando los correspondientes procesos de transición y consolidación democrática en los distintos países del subcontinente son resultado, en gran medida, de las decisiones de los propios estados y de las exigencias, acciones y movilizaciones de los pueblos que los conforman y los respectivos partidos y otras fuerzas políticas, así como de la sociedad civil, incluidas distintas organizaciones no gubernamentales comprometidas con la defensa de los derechos humanos y la democracia, un factor que también ha influido es la contribución de los órganos interamericanos.

En particular, fue relevante la función desempeñada por la CIDH frente a diversos regímenes latinoamericanos autoritarios o insuficientemente democráticos. Digna de mencionar también es la función de apoyo y acompañamiento realizada por el Centro de Asesoría y Promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Dirección para América Latina del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral en varios de esos procesos de transición y consolidación democrática en los países de la región.

Por lo que se refiere a la CIDH, en una primera etapa, desde su instalación en 1960 y hasta fines de la década de 1980, su contribución fue por medio del monitoreo de la situación de los derechos humanos en la región, mediante sus informes anuales y de país (luego de su primera visita a República Dominicana en 1961, la Comisión ha realizado 94 visitas para observaciones *in loco* a 23 estados miembro; la última fue en diciembre de 2014 a Honduras, la del año anterior fue a República Dominicana y la de hace dos años a Colombia); asimismo, en una segunda etapa, a partir de 1990 —según se analizará—, la contribución de la CIDH a los procesos de democratización ha sido mediante la propia labor de monitoreo y, destacadamente, por medio del sistema de peticiones y casos.

¹⁴ Cfr. PNUD, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, 2ª ed., Buenos Aires, Aguilar, 2004, p. 26.

Con motivo de los informes anuales de la Comisión de 1982-1983, 1983-1984, 1986-1987 y 1987-1988, así como de los informes de la situación de los derechos humanos en El Salvador, en 1978; Cuba, en 1983; Chile, en 1985, y Panamá, en 1989; además del Informe Especial sobre Paraguay en 1987, la CIDH formuló diversos pronunciamientos con relación a esos países y algunos otros, como Haití y Nicaragua, y sostuvo que diversos comicios realizados en los respectivos países no podían considerarse libres y auténticos; además señaló que la autenticidad de las elecciones abarcaba dos categorías diferentes de fenómenos: los referidos a las condiciones generales en que el proceso electoral se desarrolla y los vinculados con el sistema legal e institucional que organiza las elecciones y ejecuta las acciones propias del acto electoral, es decir, lo relacionado de manera directa e inmediata con la emisión del voto.

Condiciones generales para el desarrollo del proceso electoral

Fue así como la Comisión, recurrentemente, advirtió en los citados informes anuales o de país que la autenticidad de las elecciones exige la existencia de condiciones equitativas para la competencia electoral y cuestionó severamente los casos en que apreció alguna ventaja legal o, en la práctica, favoritismo de servidores públicos para el partido en el gobierno o alguna fuerza política, el control directo o indirecto de los medios de comunicación y cuando los comicios se llegaron a realizar en un ambiente de restricciones a las libertades públicas, temor, inseguridad y persecución de líderes de la oposición u obstáculos para el ejercicio de sus derechos o, incluso, en estados de excepción constitucional.

Organización de las elecciones y votación

En cuanto a la organización del proceso electoral y la emisión y recepción de la votación, la CIDH también formuló numerosos pronunciamientos en los referidos informes anuales o de país:

- 1) Cuestionando aquellos regímenes en los que apreció un escepticismo generalizado entre la ciudadanía en relación con el derecho de sufragio y la desconfianza de los partidos políticos de oposición en

- cuanto a la posibilidad de tener elecciones libres y puras, no sólo a la luz de experiencias concretas, sino a partir de la estructura legal del sistema electoral y de los obstáculos que encontraban los partidos para organizarse.
- 2) Cuestionando los mecanismos de control del gobierno y su partido de los mecanismos electorales; el enfrentamiento entre la autoridad electoral y los órganos de gobierno; la ausencia de garantías de imparcialidad del órgano encargado de organizar los comicios (por el eventual control por parte del gobierno, un partido político o las fuerzas militares) o para el establecimiento de un registro electoral auténtico; la composición de los tribunales electorales y sus facultades; la existencia de boletas electorales comprensibles y carentes de influencia en el elector, y la adecuada emisión del voto o de su recuento correcto.
 - 3) Recomendando a algún gobierno en particular la reforma legal de su sistema electoral, la reorganización de la autoridad electoral o el establecimiento de medios jurisdiccionales de impugnación.

En cuanto al sistema de peticiones y casos, de especial relevancia fueron los informes de fondo 01/90¹⁵ y 08/91 —relacionados con diversos comicios celebrados en distintas entidades federativas de México—, pues se evidenció la decisión de la CIDH de analizar, a partir de entonces, la adecuación de los regímenes y procesos electorales de los países miembro de la OEA a los estándares interamericanos no sólo por medio de sus informes anuales, temáticos y de país, sino también mediante el sistema de peticiones y casos.

En efecto, la Comisión ha reiterado que

está facultada para verificar, con relación a estos derechos políticos, si la realización de elecciones periódicas, auténticas, con sufragio universal, igual y secreto, se producen en un marco de garantías necesarias para que los resultados representen la voluntad popular, incluida la posibilidad de que los electores puedan, si fuere el caso, recurrir efectivamente contra un proceso electoral que consideran viciado, defectuoso e irregular o que desconoce o puede desconocer el derecho

¹⁵ CIDH, Informe de fondo 01/90, relacionado con los casos 9768, 9780 y 9828, México, 17 de mayo de 1990, párs. 48 y ss.

de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.¹⁶

Evidentemente, la posibilidad de que la CIDH evalúe si determinado proceso electoral fue auténtico o no y, en general, si se adecuó o no a los estándares interamericanos, ha abierto también la puerta a que eventualmente el caso respectivo se someta a la consideración de la Corte IDH, con lo que se ha generado jurisprudencia interamericana relevante acerca de derechos político-electorales.

Aun cuando no siempre ha habido referencias explícitas en los correspondientes procesos legislativos de reforma electoral en los países de la región, es posible afirmar que los criterios sostenidos por los órganos interamericanos en materia de derechos político-electorales han sido un referente constante en tales procesos de reforma.

Margen de regulación nacional en materia electoral

Es importante advertir que, de acuerdo con lo sostenido por la Corte IDH en la sentencia del caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, existe un margen de regulación nacional en materia electoral:

[e]l sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos.¹⁷

¹⁶ CIDH, Informe de fondo No. 137/99, Andrés Aylwin Azócar y otros, Chile, 27 de diciembre de 1999, pág. 47.

¹⁷ Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C Núm. 184, pág. 166. Desde la sentencia recaída en el caso *Yatama*, la Corte había sostenido que “la Convención

De lo anterior es posible derivar que el derecho político-electoral a votar o a ser elegido es un derecho humano o fundamental de base convencional, pero de configuración estatal (algo similar, pero no idéntico, al llamado margen de apreciación nacional, que se ha desarrollado en el sistema regional europeo de los derechos humanos). En efecto, hay una variedad de sistemas electorales en el mundo, pues no hay fórmulas únicas para ejercer los derechos político-electorales; corresponde a los estados seleccionar, diseñar y regular su propio sistema electoral.

Como lo había establecido la Corte IDH desde el caso Yatama, la previsión y aplicación de requisitos para ejercer los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Estos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Sin embargo, como la propia Corte advirtió en la sentencia del caso Castañeda:

la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional sino está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que, de no ser respetadas, transforma la restricción en indebida o ilegítima y contraria a la Convención Americana.¹⁸

Al efecto, la Corte IDH ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la CADH. En este sentido, en cada caso particular, la Corte debe avocarse a analizar si la reglamentación respectiva cumple con los requisitos de legalidad: está dirigida a cumplir con una finalidad legítima; es necesaria en una sociedad democrática (esto es, si satisface una necesidad social o un interés público imperativo)

Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos. La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo con los principios de la democracia representativa” (Corte IDH, caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C Núm. 127, pág. 207).

¹⁸ Corte IDH, caso Castañeda, *cit. supra* nota 15, pág. 174.

y proporcional; asimismo, en el supuesto de que haya alternativas, debe optarse por la que restrinja en menor grado el derecho fundamental protegido; además, debe ajustarse estrechamente al logro del objetivo legítimo. En términos generales, debe ponderarse si es razonable de acuerdo con los principios de la democracia representativa.

Derecho a un recurso efectivo en materia electoral, incluyendo la posibilidad del control jurisdiccional de la constitucionalidad

Entre los casos en que la CIDH consideró alguna omisión legislativa violatoria de la CADH, cabe mencionar su Informe de fondo 01/90, en el cual concluyó que hacia mediados de la década de 1980 la legislación de México relativa a las entidades federativas de Chihuahua, Durango y Nuevo León no disponía de los medios adecuados o de un recurso sencillo y rápido o de “cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, independientes e imparciales” que ampararan a quienes recurrieran contra “actos que violen sus derechos fundamentales”, como son los derechos políticos, toda vez que en ese entonces tales estados todavía preveían únicamente un contencioso electoral de naturaleza política ante el respectivo congreso estatal —que era el competente para calificar las elecciones locales— sin contemplar medios de impugnación jurisdiccional alguna, razón por la cual no atendían a lo exigido en el artículo 25 de la Convención.

Por tanto, recomendó hacer presente al gobierno de México su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la CADH, ya fueran medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que la Convención reconoce, si bien la CIDH manifestó que para cuando resolvió los referidos casos había sido informada de la existencia de un activo proceso de reforma de la legislación electoral en tal sentido¹⁹ (recuérdese que para finales de

¹⁹ CIDH, Informe de fondo 01/90, *supra*, nota 13, párs. 48 y ss.

la década de 1980 ya se habían establecido sendos tribunales electorales en el ámbito federal y en varias entidades federativas de México).²⁰

Por otra parte, en la invocada sentencia del caso Castañeda, después de estimar que el sistema de registro de candidaturas para presidente de la República a cargo de partidos políticos en México no constituía una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido —previsto en el artículo 23 de la CADH—, tal y como lo había sostenido la propia CIDH en el mismo caso de México, la Corte IDH sí condenó al Estado, exclusivamente, al pago de costas, por no contemplar, en aquel entonces, un recurso efectivo ante un tribunal independiente e imparcial por medio del cual el peticionario hubiera podido plantear que se invalidara o, al menos, no se aplicara en el caso concreto la norma legal que estimaba violatoria de su derecho político-electoral fundamental a ser votado.²¹

De lo anterior, cabe desprender que los diversos estados miembro de la OEA deben contemplar instrumentos específicos accesibles a cualquier persona para el ejercicio de un control jurisdiccional de la constitucionalidad e, incluso, de la convencionalidad de normas legales electorales, lo cual no es común en los sistemas de justicia electoral latinoamericanos, por lo que deberán llevarse a cabo reformas en varios de ellos en tal sentido.

²⁰ Vid. Orozco Henríquez, J. Jesús, *El contencioso electoral en las entidades federativas de México*, tesis doctoral, México, UNAM, 2009, pp. 203-20.

²¹ Vid. Corte IDH, caso Castañeda Gutman, *cit. supra* nota 15. Cabe señalar que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación durante un tiempo sí consideró que contaba con atribuciones para desaplicar en casos concretos normas legales presuntamente inconstitucionales; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver en 2002 la contradicción de tesis 01/2000 llegó a una conclusión distinta que propició que en México dejara de haber instrumentos procesales que permitieran a los ciudadanos proteger sus derechos político-electorales fundamentales frente a normas legales que pretendieran limitarlos (*vid.* Orozco Henríquez, J. Jesús, “La contradicción de tesis 2/2000 y el sistema mexicano de justicia electoral”, en *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, UNAM, 2006, pp. 99-114). Finalmente, según reforma constitucional de 2007, se estableció expresamente la competencia de las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación acerca del particular.

Derecho a elegir representantes legislativos

En el Informe de fondo 137/99, relativo a una petición en la que se alegaba que la figura de los senadores vitalicios (general Augusto Pinochet) y designados, establecida en el artículo 45 de la Constitución chilena, representaba una limitación irrazonable e inaceptable que alteraba la esencia misma de la democracia representativa, la CIDH consideró que

el establecimiento de un grupo de senadores —copartícipes en la elaboración de las leyes— que no son elegidos por el soberano, sino que más bien son designados de entre listas de origen corporativo por determinados órganos del poder público, alguno de ellos completamente ajenos a la elección popular, resulta violatorio del derecho a la participación política universal e igual.²²

Asimismo, en el Informe de fondo 98/03, relativo al caso *Statehood Solidarity Committee vs. Estados Unidos de América*, la CIDH analizó la situación de las personas que viven en el distrito de Columbia, quienes, si bien reúnen los requisitos para votar en las elecciones federales y pueden votar para presidente de Estados Unidos, no pueden elegir a miembros de la Cámara de Representantes ni del Senado. Al efecto, la Comisión tuvo como referencia los derechos políticos contemplados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, toda vez que Estados Unidos, si bien es miembro de la OEA, no es parte de la CADH, y concluyó que

las restricciones del derecho de los peticionarios consagrado en el artículo XX a participar en su legislativo nacional ha sido limitado de tal manera que [les] priva [...] de la esencia y eficacia mismas de ese derecho, sin adecuada justificación de parte del Estado para esta restricción.²³

²² CIDH, Informe de fondo No. 137/99, Andrés Aylwin Azócar y otros, *supra* nota 14, párs. 64-5.

²³ CIDH, Informe de fondo 98/03, *Statehood Solidarity Committee, Estados Unidos de América*, 29 de diciembre de 2003, pár. 101.

Derecho a acceder a cargos públicos de elección popular en condiciones de igualdad

Participación política de la mujer

Adicionalmente, en un informe temático de 1999 (recogido en el anual del mismo año), la CIDH concluyó que las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer eran no sólo compatibles con los principios de igualdad y no discriminación, sino que podrían ser requeridas, incluso, de manera ampliada, para lograr la igualdad sustancial de oportunidades, lo cual es prioritario en este hemisferio:

[...] mientras las constituciones de nuestra región garantizan la igualdad entre la mujer y el hombre, la mujer sigue teniendo una representación minoritaria en virtualmente todos los aspectos de la vida política. Tampoco es cierto que las leyes y políticas neutrales en materia de género necesariamente producen resultados neutrales en materia de género. En consecuencia, los instrumentos y las políticas adoptados tanto a nivel regional como universal requieren de la adopción de medidas especiales, cuando sea necesario, para promover la igualdad de acceso de la mujer a la participación en la vida pública. El objetivo de brindar a la mujer una igualdad efectiva de acceso a la participación en la vida pública es, evidentemente, en sí y de por sí, un objetivo legítimo y necesario. Por ello [...] “[l]a representación minoritaria de la mujer en el gobierno en todos los países de las Américas demuestra la necesidad de acciones adicionales por parte del Estado, juntamente con iniciativas de la sociedad civil, para lograr un verdadero respeto al derecho de la mujer de participar en la vida política, en cumplimiento de las normas internacionales.”²⁴

²⁴ Vid. CIDH, Informe Anual 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13 de abril de 2000, sección de estudios especiales “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”.

Participación política en comunidades indígenas y étnicas

El caso paradigmático es el Yatama (relativo a la resolución del Consejo Supremo Electoral de Nicaragua en el 2000, por la cual excluyó de participar en las elecciones municipales en comunidades indígenas a los candidatos postulados por la organización indígena conocida como Yatama), en cuya sentencia la Corte IDH reiteró que es indispensable que el Estado de Nicaragua genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.²⁵

Al efecto, la Corte IDH recordó que de conformidad con los artículos 23 y 24, así como 1.1 y 2, de la CADH, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos y adoptar las medidas necesarias para asegurar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales. De ahí, la Corte concluyó que la restricción de participar mediante un partido político había impuesto a los candidatos propuestos por Yatama una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, por lo cual estimó que, tomando en cuenta las circunstancias del respectivo caso, las cuales no eran necesariamente asimilables a otro tipo de agrupaciones en otras sociedades, constituía una restricción indebida e innecesaria al ejercicio de un derecho político.²⁶

Candidaturas independientes

En el invocado caso Castañeda, en que se había cuestionado la convencionalidad del llamado monopolio de los partidos políticos para postular candidatos en las elecciones presidenciales previsto en la legislación electoral mexicana, la Corte IDH concluyó que

²⁵ Cfr. Corte IDH, caso Yatama, *cit. supra* nota 27, párs. 2 y 195.

²⁶ Cfr. Corte IDH, caso Castañeda Gutman, *cit. supra* nota 27, párs. 201, 217 y 219.

ambos sistemas —uno construido sobre la base exclusiva de partidos políticos y otro que admite también candidaturas independientes—, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales.

Sin embargo, la Corte reconoció la crisis por la que atraviesan los partidos políticos, por lo que consideró imperativo un debate acerca de la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en el que los estados ponderen, de acuerdo con su desarrollo histórico y político, las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, estimando que las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros.

En consecuencia, la Corte IDH concluyó que el sistema de registro de candidaturas a cargo de partidos políticos no constituía, por sí mismo, una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23 de la CADH, tal y como lo había sostenido la propia CIDH en el caso de México.

Sin embargo, el hecho de que se considerara que el régimen exclusivo de partidos políticos para el registro de candidaturas presidenciales en México no violaba la Convención no implica que los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad establecidos por la Corte necesariamente conduzcan a la misma conclusión en otros sistemas electorales presidenciales, ya no se diga por lo que se refiere a elecciones legislativas o municipales en éste o los demás países.

Libertad de expresión en el marco de una campaña electoral

La Corte IDH consideró importante resaltar que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones —individual y social— constituyen un bastión fundamental para el debate, debido a que se transforman en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalecen la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforman en un auténtico instrumento

de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.²⁷

La Corte IDH recordó que, según ha establecido, es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios o a otras personas que ejercen funciones de naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13, párrafo 2, de la CADH, de un margen de apertura a un debate amplio acerca de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Este mismo criterio se aplica —insistió la Corte— respecto de las opiniones o declaraciones de interés público que se viertan en relación con una persona que se postule como candidato a la presidencia de la República, la cual se somete voluntariamente al escrutinio público, así como en cuanto a asuntos de interés público en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide en el funcionamiento del Estado, afecta intereses o derechos generales o le acarrea consecuencias importantes.²⁸

De este modo, concluyó la Corte, tratándose de funcionarios, de personas que ejercen funciones de naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, en consecuencia, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la del debate público. En este sentido, en el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares.²⁹

²⁷ Cfr. caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004, pár. 88.

²⁸ Cfr. *ibidem*, párs. 92 y 99.

²⁹ Cfr. *ibidem*, pár. 103.

Suspensión de derechos políticos por causa penal o determinación administrativa

La Corte IDH resolvió el caso de Leopoldo López Mendoza, quien había alegado, entre otras violaciones, la restricción indebida a sus derechos políticos en virtud de que, siendo alcalde del municipio de Chacao, Estado Miranda, de Venezuela, fue inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos mediante dos sanciones administrativas sin que mediara proceso ni condena penal firme en su contra —como lo exige el párrafo 2 del artículo 23 de la CADH—, con lo que se le impidió postularse para participar en las elecciones para alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas.³⁰

La Corte sostuvo que: “En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos, está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido”.³¹ En consecuencia, en la sección de reparación y a fin de restituir a la víctima en el goce de sus derechos violados, la Corte declaró que

el Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad.³²

³⁰ Corte IDH, caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2011, pár. 107.

³¹ Cfr. *ibidem*, pár. 108.

³² Cfr. *ibidem*, pár. 217.

Vulneración de derechos políticos por violación a otros derechos

Ante un cambio de criterio de lo que había sostenido en el caso Escué Zapata,³³ a partir de 2010, la Corte IDH ha sostenido que se actualiza la violación específica también de los derechos políticos previstos en el artículo 23 de la CADH en los casos en los que se compruebe que hubo móviles políticos para la violación al derecho a la vida de militantes y líderes políticos.

Así, en el caso de la ejecución extrajudicial del senador de oposición Manuel Cepeda Vargas, la Corte sostuvo que el artículo 16 de la Convención protege el derecho de asociarse con fines políticos, por lo que una afectación al derecho a la vida o a la integridad personal atribuible al Estado podría generar, a su vez, una violación al artículo 16.1 de la Convención, cuando haya sido motivada en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de asociación de la víctima. Asimismo, al concluir que también se violaba el artículo 23 del mismo documento, la Corte hizo referencia al quebrantamiento de las reglas de juego democrático con motivo de las amenazas y la desprotección deliberada que enfrentó el senador Cepeda Vargas, derivadas de su participación en los espacios democráticos a los que tenía acceso, considerando que la ejecución extrajudicial de un oponente por razones políticas no sólo implica la violación de diversos derechos humanos, sino que atenta contra los principios en que se fundamenta el Estado de Derecho y vulnera directamente el régimen democrático, por lo que es posible considerar que “las afectaciones a los derechos del señor Cepeda tuvieron efectos amedrentadores e intimidatorios para la colectividad de personas que militaban en su partido político o simpatizaban con su ideario”.³⁴

En la medida en que los órganos jurisdiccionales nacionales (en específico, los tribunales electorales de los países latinoamericanos) observen y den plena vigencia a la jurisprudencia interamericana en

³³ Corte IDH, caso Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007, párs. 122 y 123.

³⁴ Corte IDH, caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010, párs. 177 y 178.

materia electoral, no sólo cumplirán con las obligaciones internacionales asumidas por el país respectivo, sino que ampliarán el ámbito y la vigencia de los derechos humanos de sus ciudadanas y ciudadanos, con lo que se propiciará que los organismos internacionales y, en particular, los interamericanos (la CIDH y la Corte IDH) asuman un papel subsidiario y complementario de los órganos nacionales, toda vez que son estos últimos los principales garantes de los derechos humanos establecidos tanto en el ámbito interno como en la CADH, a fin de generar su protección efectiva y salvaguardar la dignidad de la persona, eje rector, razón toral y valor fundamental de todo Estado constitucional democrático de derecho, así como del sistema interamericano de derechos humanos.

Transparencia y Estado de Derecho como condición previa para un desarrollo equitativo y sostenible*

Jacqueline Peschard**

Transparencia y Estado de Derecho como instrumentos de desarrollo

En 1999, en su famoso libro *Desarrollo y libertad*, el indio Amartya Sen (1999), Premio Nobel de Economía en 1998, afirmó que la transparencia es una importante categoría de libertades instrumentales, las cuales son fundamentales para el desarrollo, ya que contribuyen a mejorar las capacidades de las personas y complementan el ejercicio de las libertades fundamentales. Ésta fue la original manera en que Sen conceptualizó el desarrollo como algo totalmente dependiente de la agencia libre de las personas. Para él, “Las libertades no sólo son el fin principal del desarrollo, sino que se encuentran, además, entre sus principales medios” (Sen 1999, 28). “[Las] libertades y derechos *también* contribuyen muy eficazmente al progreso económico” (Sen 1999, 22).

La identificación de la transparencia como una libertad fundamental no significaba que era menos importante que las sustantivas —como la libertad de la participación política, la oportunidad de recibir educación básica o atención médica, entre otras—, pues cruza de manera

* Conferencia dictada durante el “Cuarto Taller Intercultural sobre Democracia”, Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), el jueves 9 de octubre de 2014.

** Doctora en Ciencias Sociales. Profesora titular “A” del Centro de Estudios Políticos y coordinadora del Seminario Universitario de Transparencia, UNAM.

transversal todas las demás libertades, haciéndolas más coherentes y sólidas, como elementos constitutivos del desarrollo.

De acuerdo con el informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1987, el desarrollo sostenible cumple las necesidades actuales sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para cubrir sus propias necesidades. Debe haber un equilibrio sutil entre los objetivos actuales de la vida social, económica y ambiental y las decisiones que se toman para cumplirlos. Hay que considerar las consecuencias que tendrán en el futuro. La gobernanza del desarrollo sostenible no puede realizarse sin la participación de una pluralidad de actores y métodos, que van desde organizaciones de la sociedad civil transnacional hasta los pueblos indígenas (ONU 2006).

En otros términos, el desarrollo sostenible demanda un nuevo tipo de relación entre el gobierno y los ciudadanos, en la que éstos se conviertan en sujetos activos y críticos en el proceso de definición de las políticas públicas, que es cuando la transparencia desempeña un papel importante.

Durante los últimos 20 años, el concepto de transparencia ha sido reconocido en el ámbito mundial como una precondition de la gobernanza democrática. La transparencia y el acceso a la información pública complementan el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de noviembre de 1969:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (OEA 1969).

La transparencia ha sido asociada con la legalidad, es una forma privilegiada para combatir la corrupción y premisa fundamental para lograr la rendición de cuentas. Es un insumo de organización que ayuda a mejorar las decisiones internas y los procesos de la administración pública, así como un mecanismo efectivo para promover la competitividad, la democracia y el Estado de Derecho.

El fundamento del Estado de Derecho es que el Estado debe cumplir con una serie de normas aprobadas adecuadamente por una autoridad competente. Sin embargo, esto no es más que una concepción formal que no toma en cuenta los contenidos específicos del marco jurídico.

Joseph Raz, un reconocido profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford, argumenta que el Estado de Derecho va más allá de la idea de que el gobierno debe estar sujeto al orden jurídico. Es un ideal político, una virtud pública, y para lograrla, el sistema jurídico debe cumplir con una serie de principios relativos tanto a los contenidos específicos de la ley como a los mecanismos judiciales que permitan implementarlos (Carbonell 2002).

Un concepto sustantivo de Estado de Derecho debe traducir los valores éticos (libertad, igualdad y justicia) y los políticos (participación en las decisiones públicas) en un marco jurídico específico, que es el fundamento de la legitimidad democrática. El Estado de Derecho debe alcanzar un equilibrio perfecto entre el derecho y la justicia. Elías Díaz, un constitucionalista español, afirma que el Estado de Derecho es la institucionalización jurídica de la democracia (Carbonell 2002).

La transparencia es una característica de la actuación del gobierno basado en el imperio de la ley, y eso significa que la información del gobierno (archivos, documentos, informes almacenados en papel y electrónicamente) pertenece al pueblo y no a los funcionarios que la elaboran y la archivan. En realidad, los funcionarios deben asegurarse de que los documentos oficiales están bien conservados en los archivos y ordenados, a fin de tenerlos listos cada vez que alguien los requiera.

La transparencia permite tener un control público de la actividad gubernamental, y una función pública de mayor calidad y eficacia, ya que la disponibilidad de los documentos ayuda para aprender de decisiones anteriores que han demostrado tener éxito o para evitar la repetición de errores anteriores. Promueve la rendición de cuentas del Estado y la capacidad de respuesta; es un primer paso para prevenir la corrupción, que ha demostrado ser el principal obstáculo para conseguir el Estado de Derecho.

La transparencia se refiere a la relación entre el Estado y la sociedad, ya que es el medio por el cual las autoridades informan a sus electores las acciones que se implementan, los recursos que se asignan y

los resultados de las decisiones tomadas. Ayuda a los ciudadanos a mejorar sus habilidades para participar en los asuntos públicos y ejercer sus diferentes derechos políticos, civiles y sociales.

El objetivo de la transparencia, en relación con la sociedad y el Estado, es ayudar a reestructurar el ámbito público que, según Jürgen Habermas, es el “territorio de las interacciones donde la deliberación puede articularse positivamente para dar lugar a la opinión pública”.

El ámbito público no es semejante al Estado, pero los ciudadanos sí se convierten en sujetos activos, apoderados con derechos, libertades y responsabilidades. La transparencia es un instrumento que ayuda a preparar el camino para reestructurar el ámbito público como un espacio con buena calidad de intercomunicación y un debate abierto y extenso, el cual es un elemento básico del Estado de Derecho.

Transparencia como tema central de las agendas del ámbito público

La transparencia se ha convertido en tema central de las agendas públicas de todo el mundo, tanto en países con una larga tradición democrática como en aquellos que experimentaron recientemente una transición hacia la democracia. La transparencia está en el centro de lo que se podría considerar la cuarta ola democrática que siguió al gran *boom* de la democratización por medio de elecciones libres y justas, que ocurrieron durante los últimos 25 años del siglo xx.

Después de que surgieron gobiernos con un origen democrático, el siguiente paso en la democratización fue asegurarse de que esos gobiernos se unieran al Estado de Derecho y a los principios democráticos.

Aunque la transparencia y el derecho al acceso a la información han sido parte de los contenidos ideales de la democracia y el Estado de Derecho durante más de un siglo, no fue hasta hace dos décadas que la Ley de Libertad de Información (Freedom of Information Laws) fue distribuida en diferentes continentes.

En 1990, sólo 12 países tenían leyes de libertad de información; actualmente, alrededor de 100 países cuentan con esas leyes (Center for Law and Democracy 2013). Las leyes de libertad de información

promueven objetivos muy similares y están dirigidas a hacer que los gobiernos rindan cuentas y fortalezcan a la ciudadanía. Sin embargo, las diferencias entre las leyes de libertad de información pueden ser tangenciales en países que tienen una regla dinámica que sea crucial en los países donde el Estado de Derecho sigue débil e incipiente.

Los principios estándares de las leyes de libertad de información señalan que:

- 1) La información gubernamental es básicamente pública y las excepciones a revelación se han establecido en las normas legales.
- 2) Cualquier persona puede tener acceso a los documentos oficiales por medio de procedimientos viables y acelerados.
- 3) La transparencia y la libertad de información deben enfrentar otros derechos humanos, en particular la privacidad y la protección de datos personales.

Sin embargo, los aspectos procedimentales pueden variar significativamente de una ley de libertad de información a otra, por ejemplo, los plazos para recibir información y para presentar una apelación, los requerimientos y los mecanismos disponibles para hacer una solicitud de información, y los instrumentos de apelación y el tipo de autoridad que resuelve y aplica la libertad de información.

En 2009, el Instituto del Banco Mundial clasificó los diferentes modelos de aplicación de la libertad de información, centrándose en el tipo de autoridad que tenía el poder de revisar las solicitudes de información. Se identificaron tres modelos:

- 1) Los países escandinavos, que son los fundadores de las leyes de libertad de información, tienen un *ombudsman* independiente para vigilar la transparencia del gobierno; y de la revisión de apelaciones, únicamente pueden hacer recomendaciones a los organismos gubernamentales.
- 2) En países, como Estados Unidos de América y Sudáfrica, en los que las apelaciones de información van directamente al Poder Judicial, los tribunales tienen el poder de dar a conocer información negada por un organismo gubernamental.

- 3) Los países con un comisionado de información independiente o un tribunal con facultades y decisiones vinculatorias —México, Escocia, India y Chile— (Neuman 2009).

Las tendencias globales demuestran que las leyes de libertad de información promulgadas en la última década prefieren el tercer modelo (América Latina), mientras que las leyes más antiguas optan por el modelo del *ombudsman* o el comisario de información independiente (Canadá y Nueva Zelanda). A continuación, se aborda la experiencia en materia de transparencia de América Latina y las leyes de libertad de información. Después, se dan algunos detalles acerca del caso de México, que se ha convertido en un paradigma regional de las garantías de transparencia.

Organismos interamericanos de derechos humanos en el fomento de la transparencia

Hace 20 años no había un solo país en América Latina con una ley de libertad de información y acceso a la información pública, lo cual no se reconocía como un derecho fundamental. Hoy en día, 22 de los 35 países cuentan con algún tipo de regulación legal acerca de este tema. Esta rápida evolución no se puede explicar como un simple efecto demostrativo, sino como una consecuencia del papel significativo que han jugado los organismos regionales encargados de la defensa y de promover los derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así como el relator especial para la libertad de expresión, han elevado las normas reguladoras de la libertad de información en la región (CIDH 2012).

Las resoluciones de la Corte IDH han convertido el acceso a la información en un derecho humano fundamental, declaran que los estados miembro están obligados a garantizar la máxima publicidad de los registros del gobierno y que las autoridades deben tener la carga de la prueba cuando se establezcan límites al derecho de acceso a la información. El derecho a ser informado es universal y todos lo tienen;

no es necesario ser ciudadanos, identificarse o mostrar su interés personal para solicitar cualquier tipo de información. El Estado está obligado a dar respuesta a las solicitudes de manera oportuna y accesible, y a ofrecer un recurso legal cuando se niega la información. Asimismo, los estados deben promover la transparencia activa y la cultura de apertura.

Los estados miembro de estos organismos interamericanos se ven obligados a adaptar su marco normativo a los convenios internacionales de transparencia. En seguimiento a estos principios, en 2010 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó un modelo interamericano de Ley de Acceso a la Información Pública para pedir que dichos estados la utilizaran como guía para elaborar y aprobar las futuras leyes de libertad de información. Cabe señalar que hubo dos sentencias de la Corte IDH que obligaron a Chile y Brasil a aprobar leyes de libertad de información que cumplieran con los estándares interamericanos.

En 2006, el caso de *Claude Reyes vs. Chile* llevó a la primera frase jurídica internacional que estableció el acceso a la información como un derecho humano fundamental. Vale la pena hacer una breve referencia a la deliberación de este caso sin precedente y a su conclusión. Claude Reyes pidió al Comité de Inversiones Extranjeras de Chile información de los términos específicos de un contrato del gobierno con una empresa forestal privada. El objetivo del solicitante era evaluar el impacto circunstancial del proyecto y alertar a la población en caso de cualquier amenaza al medio ambiente.

El gobierno chileno negó la información, argumentando que se trataba de datos confidenciales de la empresa, que si fueran revelados podrían exponerla a la competencia desleal. La Corte IDH declaró que el gobierno chileno infringió el derecho fundamental a la información de Claude Reyes, ya que debió hacer una prueba de proporcionalidad entre el interés público para proteger los datos industriales de la compañía y el derecho del pueblo a saber si el proyecto forestal podía afectar sus recursos naturales y dañar el medio ambiente. La Corte IDH ordenó al gobierno chileno que entregara la información y los datos industriales específicos de la empresa, y que aprobara una ley de libertad de información en el Congreso.

Otra frase paradigmática de la Corte IDH fue en el 2010, en el caso de Gomes Lund vs. Brasil. La solicitud de información fue acerca de las operaciones del ejército brasileño en 1973 y 1974, que habían llevado a la desaparición forzada y a la muerte de los miembros de un grupo de resistencia conocido como Guerrilha do Araguaia. En 1982, los familiares de las víctimas presentaron una acción civil pública en la que solicitaban la información de las operaciones militares. La respuesta del Estado fue inexistente. En 2003, 21 años después, un juez brasileño ordenó al Estado que entregara la información a los familiares de las víctimas, pero nuevamente no cumplió. Finalmente, hasta 2009, se liberaron 21,000 documentos.

Cuando el caso llegó a la Corte IDH, ésta destacó que el Estado brasileño había mentido al inicio y había fallado en entregar la información durante más de 20 años. Declaró que éste tuvo una responsabilidad internacional por la violación del derecho humano a la información, sobre todo porque se trataba de un caso de violaciones graves a los derechos humanos, tales como desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. La Corte IDH ordenó a Brasil que adoptara medidas legislativas para reforzar el derecho de acceso a la información de acuerdo con los estándares interamericanos.

Caso México. Ley de libertad de información sólida y sociedad civil activa

En la región de América Latina, México es el ejemplo de cómo la administración pública en un corto periodo, y en un país donde el Estado de Derecho se ha rezagado, la transparencia y el derecho de acceso a la información han transformado la administración pública y se han convertido en un tema central de la agenda del ámbito público. Esto se debe a dos factores principales:

- 1) Los principios y procedimientos establecidos en las leyes de libertad de información que sirvieron de inspiración para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información.

- 2) La participación decisiva de las organizaciones cívicas en la promoción de leyes de libertad de información y en el seguimiento de buenas prácticas de transparencia.

En los últimos 25 años del siglo xx, en la transición pacífica —pero prolongada— a la democracia en México, la transparencia fue ignorada en la lista de temas incorporados en las reformas legales que conducen a un sistema electoral democrático.

Después de las elecciones de 2000, cuando el partido gobernante, el Partido Revolucionario Institucional (PRI), fue derrocado después de 70 años en el poder, se demostró que el proceso de transición a la democracia había llegado a su conclusión. Un grupo de académicos, periodistas y miembros de organizaciones de la sociedad civil se reunieron para exigir la aprobación de una ley de libertad de información, que fue básicamente redactada por ellos y que se puso en vigor en 2002. Inspirado por las leyes de libertad de información vigente y considerando las condiciones específicas de un país que había dejado recientemente atrás un régimen autoritario de un solo partido, el proyecto se centró en los principios de alto estándar:

- 1) El derecho a la información será ejecutado por un organismo de supervisión con facultades para combatir la confidencialidad del régimen anterior: Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (Ifai).
- 2) Las resoluciones de los organismos de supervisión relacionadas con la divulgación de información serán definitivas para los organismos gubernamentales.
- 3) Cualquiera podrá presentar una solicitud de información y una apelación en caso de no quedar satisfecho con la respuesta de la autoridad.
- 4) Los principios rectores de la transparencia y las excepciones a la divulgación estarán claramente establecidos en las normas.
- 5) Los procedimientos de solicitudes de información y las apelaciones tendrán plazos y mecanismos accesibles y económicos.
- 6) Los datos personales serán protegidos de forma segura y serán accesibles exclusivamente a la persona que pertenezcan.

Debido a los estrictos límites de tiempo y a la capacidad de supervisión del cuerpo de la transparencia para determinar qué información debe ser divulgada por las diferentes agencias gubernamentales, la libertad de información se hizo popular rápidamente, y académicos, periodistas y personas del sector privado comenzaron a utilizar las leyes de libertad de información para obtener información del gobierno (los contratos, las adquisiciones, los oficiales, los salarios públicos y las auditorías cuando éste concluyó, etcétera), lo cual nunca antes había estado disponible para el público.

En cinco años, todos los estados mexicanos aprobaron una ley de libertad de información, y en 2007 se promulgó una reforma constitucional para establecer que el acceso a la información fuera un derecho fundamental. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ordenó que los principios de máxima publicidad y excepciones temporales a la divulgación, así como aquellos que protegen la información confidencial, se repliquen en cada ley de libertad de información local y estatal.

Los cambios surgidos de la imposición de la ley de libertad de información a las rutinas de la administración pública provocaron reacciones negativas de algunas autoridades del gobierno que pretendían aprobar reformas de transparencia regresivas en 2009. Las organizaciones civiles y el propio Ifai denunciaron públicamente las intenciones del gobierno, y la prensa nacional publicó esta denuncia, lo cual obligó al gobierno a retirar el proyecto de ley.

Cuando el PRI regresó al poder en 2012, el actual presidente Enrique Peña Nieto propuso una nueva reforma constitucional para dar plena autonomía al Ifai y ampliar las capacidades de supervisión de cada autoridad pública federal, no sólo de los organismos gubernamentales. La reforma que fue aprobada el pasado febrero estableció las obligaciones de transparencia de los partidos políticos y los sindicatos, y para cualquier persona, tanto en entidades públicas como privadas, que recibe dinero del gobierno. Se trata de que las mismas reglas, procedimientos y criterios de exposición se apliquen a cualquier persona que actúe como una autoridad pública o a quien administre los recursos públicos.

El ámbito de dicha reforma en materia de transparencia eleva los estándares, particularmente para aquellos organismos públicos que antes no eran supervisados por una comisión de información independiente.

Un ejemplo es el Congreso federal, que ha presentado mucha opacidad, en particular en el tratamiento de la información del uso y distribución de los recursos económicos entre los diferentes grupos parlamentarios. Otro ejemplo de conducta opaca son los sindicatos de las grandes empresas públicas (de petróleo y electricidad), que reciben una enorme cantidad de dinero del gobierno como parte de sus contratos de trabajo y que nunca antes habían rendido cuentas a los ciudadanos.

El impulso de dicha reforma constitucional, sin duda, tenía un propósito de legitimación, debido a que es políticamente correcto tener un discurso en la apertura, y todos los partidos políticos y grupos de la sociedad consideran la transparencia como una herramienta útil para combatir la corrupción y mejorar el Estado de Derecho.

El mejoramiento constante de la normativa de transparencia en México no se puede entender sin el trabajo realizado por las organizaciones civiles que han sido defensoras determinantes de la transparencia. Organizaciones como Transparencia Mexicana, A.C.; Artículo 19; Fundar, Centro de Análisis e Investigación; Red por la Rendición de Cuentas; Colectivo por la Transparencia; Gestión Social y Cooperación, y México Infórmate, entre otras, no solamente han monitoreado las prácticas de transparencia de los gobiernos y han presentado recursos cuando la información ha sido negada, también han ayudado a traducir la información gubernamental que se proporciona al lenguaje cotidiano, y han exigido formatos de datos abiertos para que la información sea comparable y esté completa para el público en general. El desarrollo sin precedente del marco jurídico de transparencia de México durante los últimos 12 años ha cambiado la forma de concebir el espacio público. Sin embargo, esto no tuvo un efecto positivo en la corrupción que afecta a México.

Por el contrario, según el índice de corrupción de Transparencia Mexicana, la percepción de la corrupción activa de los ciudadanos sigue siendo muy elevada (Transparencia Mexicana 2014). Esto puede ser explicado debido a que los escándalos de corrupción se han publicado más frecuentemente, mientras que la impunidad pública está todavía muy arraigada en el país.

Los avances en las leyes y en las prácticas de transparencia en México son innegables; sin embargo, esto es sólo un primer paso en la construcción de una norma sustantiva del Estado de Derecho

y la gobernabilidad democrática. Nuevamente, las organizaciones de la sociedad civil han demandado una serie de reformas articuladas para avanzar y hacer que el gobierno y las entidades públicas sean realmente responsables de sus decisiones respecto a cómo se utilizan los recursos y los resultados que se han logrado. Al igual que antes, la organización de la sociedad civil está liderando el camino.

Fuentes consultadas

- Carbonell, Miguel, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez, coords. 2002. *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: UNAM/ITAM/Siglo XXI Editores.
- Center for Law and Democracy. 2013. *Global Right to Information Rating*. Canada: Access Info Europe/Centre for Law and Democracy. [Disponible en <http://www.rti-rating.org/country-data> (consultada en julio de 2014)].
- CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2012. *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf> (consultada el 20 de agosto de 2015).
- Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. Caso Claude Reyes vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 19 de septiembre. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf (consultada el 30 de julio de 2014).
- . 2010. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf (consultada el 30 de julio de 2014).

- Habermas, Jürgen. 1989. *La transformación estructural del ámbito público*. Cambridge: MIT Press.
- Neuman, Laura. 2009. *Enforcement Models: Content and Context*. Washington, DC: Banco Mundial.
- OEA. Organización de los Estados Americanos. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (consultada el 14 de agosto de 2014).
- ONU. Organización de las Naciones Unidas. 2006. *La política de la participación en el desarrollo sostenible*. Nueva York: ONU.
- Sen, Amartya. 1999. *Desarrollo y libertad*. Nueva York: Oxford University Press.
- Transparencia Mexicana. Índice de percepción de la corrupción 2014. Enfoque México. Disponible en <http://www.tm.org.mx/ipc2014/> (consultada el 4 de diciembre de 2014).

Jean-Claude Colliard en México. Mayorías parlamentarias y segunda vuelta electoral

Marcela Bravo Ahuja*

Conocí a Jean-Claude Colliard, amigo de amigos, por el generoso gesto que tuvo al invitarme, durante el año sabático que disfruté de 2011 a 2012, a pasar un año en la Universidad de París I, de la cual era rector. Le habían platicado de mi trabajo, pero nuestras primeras conversaciones trataron acerca de la pintura en México, de la cual era aficionado, como yo. Para entonces, aún no había leído algunos de sus artículos y ponencias que hoy conozco; no creí que mi trabajo, con datos duros de la evolución del sistema de partidos en México en distintos ámbitos de la política, pudiera realmente interesarle.

Fue en la Sorbona cuando Colliard me hizo preguntas puntuales acerca de la fuerza y territorialidad de los distintos partidos en México, que entendí, uno, que tenía información referente al sistema mexicano de partidos, la cual quería precisar con preguntas inteligentes y, dos, que nuestros intereses convergían. Me pidió que le explicara cuántos jugadores participaban en México según el tipo de contiendas (Bravo 2010) y también qué tanto la penetración territorial del Partido Revolucionario Institucional (PRI) explicaba su ya para entonces inminente regreso al Poder Ejecutivo. Lo había ido a ver para invitarlo a la mesa redonda México 2012: Cita Electoral y Desafíos Estratégicos, que

* Doctora en Ciencia Política y profesora de carrera de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Jean-Claude Colliard en México

organizaba como parte de mi trabajo. Le agradecí enormemente que me hiciera el honor de fungir como moderador. Lo hizo. Así era de amable.

A Jean-Claude Colliard, como a tantos franceses, le gustaba mucho México. Había hecho relación con algunos protagonistas de la evolución política de México, por medio de sus instituciones electorales; con ellos llegó a colaborar. Además, con cierta frecuencia, era invitado por exalumnos mexicanos que habían ido a Francia a estudiar. El 26 de enero de 2010, participó en un seminario que organizó el Senado de la República para revisar la iniciativa de reforma política que a finales de 2009 había dado a conocer el entonces presidente Felipe Calderón.

El tema que presentó hablaba de su formación como discípulo de Maurice Duverger. Sus comentarios aún están vigentes, ya que su intervención consistió en una visión comparada del mecanismo de segunda vuelta electoral. Cabe señalar que, en efecto, en México no ha habido consenso respecto de este tema y que sigue en el aire después de la reforma en que culminó la iniciativa mencionada, es decir, la de 2011-2012, y aún después de la de 2013-2014, cuando en nuevas circunstancias políticas, luego del triunfo electoral de Enrique Peña Nieto en 2012, se retomó la discusión.

Colliard sabía que la construcción de mayorías es un asunto central en el funcionamiento de las democracias modernas. Al respecto trató en su tesis doctoral con la tutela de Duverger. Entonces, su trabajo se refirió a los regímenes parlamentarios (Colliard 1978); más adelante amplió su reflexión a los presidenciales. Sabía que la ciencia política tiene mucho que decir en ingeniería constitucional; que de esta ingeniería depende la facilidad o dificultad para obtener mayorías; que no hay soluciones perfectas; que las posiciones suelen ser interesadas, pues las normas afectan los resultados electorales, y que en su análisis académico debe tomarse en cuenta no sólo el régimen, sino también las características de los partidos y el sistema en el que conviven, la correlación de las distintas fuerzas políticas, sus alianzas y, en particular, las coaliciones que pueden desarrollar, así como su continuidad y estabilidad. Sabía que la ciencia política tiene mucho que aportar en el debate de las normas electorales, que los posicionamientos suelen ser políticos, pero que los políticos a menudo malentienden o desconocen

las consecuencias de las normas que aprueban. La suya era, como algunos han expresado, una visión estratégica (Dreyfus y Lochak 2014).

En 2010, en el Senado, su intervención fue breve, modesta para algunos, pero elocuente para quienes lo seguimos y lo entendimos. Dijo que las segundas vueltas eran fáciles en sistemas esencialmente bipartidistas, pero delicadas en circunstancias de un multipartidismo con tres partidos principales. Señaló que si bien la segunda vuelta es considerada ventajosa, como fuente de legitimidad presidencial puede ser una limitante e incluso un obstáculo para el buen funcionamiento democrático. Sin expresarse de más —insinuando con elegancia que era el caso mexicano—, Colliard dejó en claro —al menos en mí— que en una democracia joven con pluralidad creciente, con un sistema multipartidista desordenado en el que coaliciones pragmáticas y volátiles de los partidos más importantes con los menos representativos, e incluso entre partidos de oposición relevantes, en la que se resuelven contiendas cada vez más cerradas, las segundas vueltas podían debilitar el sistema de partidos y afectar el desarrollo político alcanzado.

Sus palabras no se entendieron del todo, pues, como se dijo, la discusión prosigue en el país y ocupó espacio otra vez en 2013 (si bien en esta coyuntura fue abandonada ante la relevancia abrumadora de la intención que llegó a término de disolver el Instituto Federal Electoral [IFE] y remplazarlo por el Instituto Nacional Electoral (INE), cuyo Consejo General es responsable de la designación de los consejeros de los órganos electorales estatales, de cuya labor no estará ausente), y sigue particularmente en la agenda del Partido Acción Nacional (PAN), en el marco de la necesidad de lograr mayorías en el Congreso que faciliten la gestión gubernamental. En este sentido, no es fortuito que el PRI haya expresado su intención de promover una consulta popular respecto de la reducción de 100 diputados federales plurinominales y 32 senadores de representación proporcional (Baranda 2014). En honor a Jean-Claude Colliard, vale la pena retomar esta discusión.

La segunda vuelta es una demanda panista que ha obtenido apoyo irregular por parte del Partido de la Revolución Democrática (PRD), mientras que el PRI se sigue oponiendo a ella. Igualmente cabe reconocer que es bien vista por muchos especialistas, en particular, recuerdo que al menos lo fue por el expresidente del IFE y destacado politólogo Leonardo Valdés, quien en un momento dado declaró que podría

Jean-Claude Colliard en México

ayudar a evitar conflictos derivados de elecciones cada vez más competidas y con resultados apretados. En la misma línea, también se alude en su defensa que de 50 países en los que el jefe de Estado es electo por sufragio universal —como en México—, 40 contemplan el mecanismo contra 10 que no lo hacen.

De tal manera, me surge la duda de si México debería inclinarse inevitablemente por las fórmulas más populares y frecuentes de ingeniería institucional; respondo con un rotundo no. No debe tomarse una decisión precipitada al respecto, es decir, instaurar la segunda vuelta con falsas razones y por intereses políticos que pueden no medir sus consecuencias, pues paradójicamente esto podría debilitar el sistema de partidos, ya endeble, y producir enfrentamientos complicados. Aceptar la segunda vuelta sin una discusión de fondo no puede ser parte de ningún precio político a pagar, por urgente que parezca a quienes impulsan tal mecanismo porque creen que los puede beneficiar.

Quienes justifican la segunda vuelta lo hacen por dos razones: legitimidad y gobernabilidad. En lo que se refiere al primer punto, no es seguro que la receta le genere más legitimidad a la figura del presidente de la República, en la medida en que los arreglos cupulares entre los partidos para producir las coaliciones, que para tal efecto se conformen, en los hechos pueden distorsionar la primera voluntad de los electores. Es más, aun sin coaliciones, a veces puede darse el caso de que la segunda vuelta distorsione esta primera voluntad. Lo explico como lo hacía Colliard.

De acuerdo con su propio hijo (Dreyfus y Lochak 2014), le gustaba mucho el teorema de Arrow, según el cual ningún sistema de voto puede garantizar propiedades básicas, sea cual sea la preferencia de los electores entre los distintos candidatos; es decir, que en el proceso de construcción de la voluntad colectiva a partir de voluntades individuales, no siempre se produce un resultado perfecto. En consecuencia, no existe ningún sistema superior a los demás, por lo que el objetivo debe ser la búsqueda del mejor sistema posible, en determinadas circunstancias políticas. En efecto, las alineaciones de los electores pueden ser problemáticas. En concreto, mediante una segunda vuelta se puede llegar a resultados no deseados, lo cual se puede ilustrar de la siguiente manera.

Piénsese en tres candidatos, A, B, y C, y 120 electores. En el entendido de que las preferencias pueden ordenar a los candidatos de seis maneras, una distribución hipotética de los electores en una primera vuelta electoral podría resumirse como en el cuadro 1.

Cuadro 1

Primera opción electoral	Segunda opción electoral	Tercera opción electoral	Número de votantes por clasificación	Subtotales en la primera vuelta
A	B	C	40	48
A	C	B	8	
B	A	C	8	32
B	C	A	24	
C	A	B	8	40
C	B	A	32	

En tal caso, en la segunda vuelta se presentarían A y C, y en el supuesto de que las preferencias se mantuvieran estables, C le ganaría a A, a pesar de que en la primera vuelta hubieran votado 8 electores más por A que por C. En efecto, C contaría con 64 electores, sombreados en el cuadro, mientras que A se quedaría con 56.

El ejemplo demuestra bien que las consecuencias desconcertantes que puede producir una segunda vuelta aumentan con el número de candidatos y la mayor dispersión del voto en la primera vuelta. Esta dificultad obliga a regresar a preguntas básicas.

¿Cómo definir el porcentaje mínimo de votos que debe tener un candidato para ser legítimo? ¿Qué diferencia de puntos debe mantener respecto del segundo lugar? Es indudable que depende del número de partidos, cuestión que no ha aparecido en el debate acerca de la segunda vuelta, como tampoco se toman en cuenta el grado de fortaleza de los partidos, las dimensiones de la competencia partidista, el grado de concentración del electorado o la lógica que impera en la conformación de coaliciones, elementos todos que deben ser considerados en la discusión. A mi manera de ver, Colliard quiso advertir al respecto en su ponencia de 2010 en el Senado: la segunda vuelta puede ser disfuncional.

Jean-Claude Colliard en México

Además, la legitimidad de origen de un mandatario, que puede revertirse en el ejercicio de gobierno, depende de varios factores adicionales a un resultado electoral que refleje suficiente margen de ganancia, como la transparencia de los procesos. Al respecto, en México hay instituciones que durante los últimos años han organizado bien los procesos electorales y contado bien los votos, pero éstos no han logrado plena credibilidad; el déficit ha sido mayor en las elecciones estatales que en las federales. Sin embargo, las elecciones presidenciales, tanto de 2006 como de 2012, aun siendo federales, produjeron impugnaciones debido a su importancia. Así, no se logrará una credibilidad total en los procesos electorales mientras se siga sospechando de un involucramiento de las autoridades, mientras no haya control pleno de los recursos y de su uso en las campañas ni mientras los perdedores no se acepten como tales y obtengan ventajas políticas al señalar que las elecciones fueron fraudulentas, aun si no pueden probar que lo hayan sido.

¿Quién puede garantizar que los resultados de una segunda vuelta electoral no sean también cerrados? ¿Quién puede garantizar que la segunda vuelta evite impugnaciones?

La segunda vuelta parece oportuna para sistemas de partidos, ya sea bipartidistas —como sostenía Colliard— o en el otro extremo —para mí— en sistemas aún más fragmentados y dispersos que el mexicano. En el país, el sistema de partidos está en crecimiento, dada la importancia cada vez mayor de los partidos minoritarios, y crecerá más con la entrada en escena de tres nuevos partidos: Encuentro Social, Humanista y Movimiento Regeneración Nacional, de Andrés Manuel López Obrador, quien fuera dos veces candidato presidencial por el PRD y quien se separó de éste. No obstante, es aún de tres partidos grandes, PRI, PAN y PRD, que son los que cuentan en el diseño de las políticas públicas nacionales, como lo hicieron durante la primera etapa del sexenio actual mediante el Pacto por México. De tal forma, funcionan como partidos cártel (Mair y Katz 2004).

Debido a la intensa competitividad entre éstos, en el ámbito subnacional tienden a hacer coaliciones pragmáticas y frágiles con los partidos minoritarios, e incluso entre los propios partidos grandes. En este contexto, PAN y PRD, sobre todo, sufren una gran tensión, la cual, sumada a sus características de origen, produce partidos poco unificados.

En consecuencia, podrían verse afectados por las decisiones que tomen sus líderes respecto de su inclusión en determinadas coaliciones, con vistas a segundas vueltas presidenciales, y podrían perder aún más representatividad. De todo esto podría resultar un mayor debilitamiento del sistema de partidos.

En suma, en el entendido de que las ingenierías institucionales nunca son perfectas, debe reconsiderarse la posibilidad de instaurar segundas vueltas electorales en México, sin presuponer que la fórmula contiene puras bondades. En principio, cuestiono que la democracia y el sistema de partidos en México estén suficientemente maduros para ésta, y no —tal como algunos sostienen— porque sea mejor transitar hacia gobiernos de coalición y ambos mecanismos sean excluyentes. De hecho, no lo son. También es cuestionable que tanto gobiernos de coalición como segundas vueltas sean los únicos mecanismos que pueden producir mayor gobernabilidad en el país; debe entenderse que detrás de esto se invocan los problemas que genera la falta de mayorías parlamentarias en México, fruto de gobiernos divididos desde 1997.

Por otra parte, la ingobernabilidad que producen los gobiernos no unificados puede atenuarse mediante una política negociadora del Ejecutivo con las distintas fuerzas expresadas en el Congreso. Un buen oficio político puede conseguir una actitud cooperadora por parte de los legisladores, la cual, sin embargo, puede ser endeble sin gobiernos de coalición, como lo fue el mencionado Pacto por México y como lo demostró la confrontación que precedió a las elecciones de 2015.

Asimismo, cabe advertir que existen otros mecanismos que se han mencionado para conseguir mayorías, como la restructuración de la composición del Congreso (o sea, de la proporción de representantes de mayoría y de representación proporcional), pero también la redefinición de los límites de sobrerrepresentación.

Respecto del primer mecanismo, la composición mixta del Poder Legislativo que existe en México con diputados y senadores uni y plurinominales (lo que es un sinsentido) es poco usual. Los legisladores pluris potenciaron la democratización del país; ahora la democracia en progreso hace pensar a algunos que podrían desaparecer o al menos disminuir. Otros, por el contrario, defienden una representación exclusivamente plurinomial. Por obvias razones, las posiciones de los partidos se desprenden del cálculo de los resultados electorales que

Jean-Claude Colliard en México

obtendrían con cada normatividad y varían según su fuerza y penetración territorial. En este sentido, deben medirse las consecuencias de la ingeniería final que se apruebe y buscar el mejor equilibrio posible en el entendido de que, como dijera Sartori (1980), la combinación de diputados plurinominales, con régimen presidencial, muy probablemente produciría gobiernos divididos.

Por lo que concierne al asunto de los límites de sobrerrepresentación, debe recordarse que ha generado largas discusiones en los últimos años y que, al respecto, también se presentan opiniones politizadas. Desde luego que extender los límites de sobrerrepresentación sería una fórmula fácil de construir mayorías que, dicho sea de paso, beneficiaría, sin duda alguna, al PRI.

De tal forma, los dos mecanismos deben estudiarse en función de qué tanto se distorsionaría la voluntad popular de cara a la conversión de votos en escaños, en el sentido de que los partidos con mayor concentración de votos y menor capacidad de ganar distritos uninominales se verían subrepresentados.

Ahora bien, quiero hacer hincapié en mecanismos adicionales relacionados a cuándo se vota y cómo se cuentan los votos que no han sido considerados en el país, para hacer viable una mayor gobernabilidad, aunque no evitan en automático que haya gobiernos divididos. En primer lugar, ha sido mal apreciado en México el asunto de los calendarios electorales, pues de hecho si se pensara en que la elección presidencial no tiene por qué coincidir con las legislativas, sino que éstas deberían ser posteriores a la primera, el ajedrez de la política podría llevar a que el candidato presidencial ganador tuviera más margen de maniobra para conseguir mayoría en el Congreso. Sin embargo, es difícil considerar en el caso mexicano una solución de este tipo, cuando equivocadamente se ha venido caminando hacia la organización de elecciones simultáneas en varios ámbitos del poder, so pretexto de desahogar el trabajo de los partidos y de las instituciones electorales. En cambio, en el resto del mundo la tendencia es contraria, pues se ha medido que, por efecto del arrastre del voto, las elecciones concurrentes producen menos ganadores y generan menor representatividad.

En efecto, de acuerdo con Colomer (2001), las elecciones separadas para diferentes cargos, a diferencia de las coincidentes, facilitan que los votantes elijan entre diferentes partidos políticos según sus preferencias en diferentes temas de discusión, en la medida que también

crece su agenda electoral. En este sentido, las elecciones separadas son propias de regímenes complejos que incentivan que los votantes elijan de acuerdo con su posicionamiento frente a un debate ampliado, que voten de un modo diferente para diversos cargos y dividan el gobierno entre más fuerzas. Por lo mismo, los regímenes complejos satisfacen mejor a los ciudadanos, lo que quiere decir que presentan mejores resultados en cuanto a su utilidad social. Las elecciones separadas están asociadas a mayor representatividad y mayor pluralismo político y son consideradas como un medio para limitar el poder, por lo que son vistas por el autor como mejores fórmulas, que llevan a que las opciones de más votantes se tomen en cuenta en el diseño de políticas públicas.

Sin embargo, el tema es controvertido, pues también se ha demostrado que las elecciones separadas pueden estar asociadas a mayor diversidad política, pero no producir mayorías parlamentarias estables, mientras que con las elecciones coincidentes sucede lo contrario. Al menos es lo que han demostrado Shugart y Carey (1992). De cualquier modo, con la experiencia acumulada de varias elecciones que ya se han llevado a cabo con calendarios simplificados, el asunto debe reconsiderarse para el caso mexicano.

Otro mecanismo sería aplicar métodos de voto más sofisticados que se desconocen en México. Así, en el método de Borda (Colomer 2001), los electores le pueden dar puntos en orden creciente a los candidatos que les parezcan deseables; en ese caso ganaría quien menos puntos obtuviera, en el entendido de que los candidatos indeseables tendrían la mayor puntuación. También podría haber un cierto número de puntos a repartir entre los candidatos y se podrían otorgar varios a algunos; en este caso ganaría el candidato con más puntos. Supuestamente, este método traduce mejor las preferencias, aunque puede ser distorsionado por voto no sincero, con vías a afectar a algún candidato; sin embargo, esto no difiere del voto útil.

La principal conclusión de estas reflexiones, cuya intención es homenajear al amigo de mis amigos, es reconocer la complejidad del análisis de la gama de alternativas disponibles para reglamentar cualquier democracia y recordar que la discusión en torno a éstas nunca es neutra por parte de los interesados. La tarea del académico debe consistir en alertar a los competidores, y sus representantes, acerca de los resultados no deseados a los que pueden conducir sus posturas y acuerdos.

Jean-Claude Colliard en México

Por último, no quiero dejar de señalar un ejemplo de esto, por estar presente en la actualidad política, a saber, la deformación que al parecer está teniendo la consulta popular en México, un instrumento que debiera ser ágil para enriquecer las democracias representativas y que fue golpeado en la reglamentación que se acordó al respecto, mediante trabas relativas a su solicitud, temáticas abordables y capacidad vinculante. Así, se vio que los partidos políticos son los únicos que cuentan con la maquinaria para su organización, la cual pusieron en marcha para golpearse mutuamente y de manera informal estar en precampaña con miras a las contiendas de 2015. En este contexto, el PRI regresó al asunto de la reducción de plurinominales, tan popular en tiempos de desconfianza hacia los políticos, un tema de consulta inteligente de frente al interés de las izquierdas por cuestionar la reforma energética, un tema que compite también con el que el PAN propuso en relación con el salario mínimo. De tal suerte, la discusión acerca de la construcción de mayorías quedó enredada en la coyuntura preelectoral y fue abordada irresponsablemente, además de que la consulta popular fue secuestrada por intereses partidistas.

Fuentes consultadas

- Baranda, Antonio. 2014. "Plantea PRI eliminar 100 pluris". *Reforma*, 20 de agosto, sección Nacional.
- Bravo Ahuja, Marcela. Sobre una nueva reforma política para México. En *Memoria del 4° Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*. México: IEEM [en prensa].
- . 2010. *Realineamiento y alternancia en el Poder Ejecutivo en México, 1988-2009*. México: UNAM-Gernika.
- Colliard, Jean-Claude. 1978. *Les régimes parlementaires contemporains*. París: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques.
- . 1984. Les partis dans l'élection présidentielle. En *Mélanges Claude-Albert Colliard*. París: Perdone.
- . 2003. Le contrôle de la régularité des élections en France. En *Les élections et la démocratie*, eds. Adam Jamroz y Michel Lesage, 131-154. Polonia: Ediciones de la Universidad de Bialystok.
- Colomer, Joseph M. 2001. *Instituciones políticas*. Barcelona: Ariel.
- Dreyfus, Francise y Daniele Lochak. 2014. *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*. París: Editorial Dalloz.
- Mair, Peter y Richard S. Katz. 2004. "El partido cártel. La transformación de los modelos de partidos y la democracia de partidos". *Zona Abierta* 108-9: 9-42.
- Sartori, Giovanni. 1980. *Partidos y sistemas de partido. Marco para un análisis*. Madrid: Alianza Universidad.
- Senado de la República. 2010. *Seminario de Análisis de la Reforma Política*, 25 al 26 de enero, en la Ciudad de México.
- Shugart, Matthew y John Carey. 1992. *Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press.

François Hollande et le Fait Majoritaire, ou la Naissance d'un Fait Majoritaire Contestataire

Jean-Philippe Derosier*

Dans l'image que les Français ont de plus en plus de la vie politique, le chef de l'État doit avoir, à un moment donné, le plus longtemps possible, une primauté par rapport à tous les autres organes de l'État.

Jean-Pierre Chaudet

La recherche d'une large majorité autour du Président est une condition de son action. La stratégie actuelle est de devenir le maître d'un sous-système, pour pouvoir après diriger l'ensemble.

Jean-Claude Colliard¹

Jean-Claude Colliard était l'un de ceux qui incarnait le mieux ce mélange et cette complémentarité entre le droit constitutionnel et la science politique. Il comptait parmi les derniers agrégés « de droit public et de science politique », en 1972² et l'ensemble de ses travaux, à l'université et au-delà, illustre parfaitement ce mélange des genres, dont il a su user sans abuser, comme il se doit. Professeur des universités, directeur de cabinet du Président de la République (François Mitterrand, de 1981 à 1988) puis du Président de l'Assemblée nationale (Laurent Fabius, de 1988 à 1992), membre du Conseil constitutionnel (de 1998 à 2007), plusieurs fois membre de comités d'experts et de la Commission de Venise, il était homme de science et homme de terrain, son parcours et ses connaissances lui ayant permis de nourrir le droit constitutionnel de nombreuses réflexions de science et de pratique politiques. C'est donc tout naturellement

* Professeur des Universités à l'Université de Rouen, membre du CUREJ EA 4703, Directeur scientifique de la revue *Jurisdoctrina*.

¹ *Pouvoirs* n° 4 (1982: *La Vème République*), p. 128 et p. 121.

² Jusqu'en 1972, le concours d'agrégation ne distinguait pas le droit public de la science politique et ce n'est qu'à partir de 1974 que deux concours distincts ont vu le jour.

que les *Mélanges* qui lui ont été offerts mettaient en avant son sens de l'État, sa connaissance du Droit, son expertise du (monde) Politique, en montrant comment l'on pouvait « Penser » et « Éprouver » ses thèmes les plus chers, que sont « le droit », « les institutions », « les modèles électoraux » et « la science politique ». ³ Pour offrir une contribution à ce recueil qui en constitue le juste prolongement, il fallait un thème illustrant ces associations: un autre François devenu Président de la République allait nous l'offrir. L'étude d'une nouvelle catégorie de fait majoritaire permet de se situer carrefour du droit constitutionnel et de la science politique, à mi-chemin entre les questionnements institutionnels et électoraux.

Initialement prévue pour pallier l'absence de majorité grâce à des mécanismes puissants de rationalisation du parlementarisme, ⁴ la V^{ème} République a connu le fait majoritaire et s'est donc transformée en démocratie majoritaire à partir de 1962. Conséquence de la loi électorale et de la bipolarisation due à l'élection présidentielle, il se traduit par l'existence d'une majorité claire et stable à l'Assemblée nationale, à même de soutenir durablement le Gouvernement. C'est bien en 1962 qu'il apparaît, même si la bipolarisation elle-même se précisera au fil des élections postérieures: la succession du *referendum* sur l'élection au suffrage universel direct du Président de la République (28 octobre 1962), voulu par le Général de Gaulle et dans lequel il s'engage personnellement et des élections législatives (18 et 25 novembre 1962), dues à la dissolution prononcées le 10 octobre 1962 en réponse à la censure du Gouvernement de Georges Pompidou, va l'installer dans la vie politique et institutionnelle. ⁵ En effet, ce

³ *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, Paris, 2014.

⁴ « Parce qu'en France la stabilité gouvernementale ne peut résulter d'abord de la loi électorale, il faut qu'elle résulte au moins en partie de la réglementation constitutionnelle, et voilà qui donne au projet son explication décisive et sa justification historique. Si nous voulons que le futur régime parlementaire de la démocratie française ne connaisse qu'un gouvernement par législature, il n'est pas possible d'agir autrement », allocution de Michel Debré, garde des Sceaux, ministre de la Justice, devant le Conseil d'État, 28 août 1958, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La documentation française, Paris, vol. III, 1991, p. 261. Dans le même sens, Jean-Claude COLLIARD, « Un régime hésitant et déséquilibré », in *Pouvoirs* n° 4 (1982: *La V^{ème} République*), p. 120.

⁵ « L'arrivée du fait majoritaire en France est intimement liée à la fois à la crise du régime au cours de l'année 1962 et aux résultats de la dissolution de l'Assemblée nationale décidée le 9

referendum introduit la logique bipolaire entre les partisans du « oui » et ceux du « non », qui se traduit en une séparation entre ceux qui soutiennent le Général de Gaulle et ceux qui s’y opposent. Les élections législatives qui suivent reproduisent ce clivage, renforcé par le mode de scrutin uninominal majoritaire à deux tours: il ne s’agit plus tant d’élire des députés à l’Assemblée nationale que de soutenir, ou non, le Président de la République en lui offrant, ou non, une majorité.⁶

Depuis lors, les élections présidentielles et leur mode de scrutin sont venues confortées cette bipolarisation, dès 1965, lorsque Charles de Gaulle est mis en ballottage par François Mitterrand, et surtout à partir de 1974 et 1981: « le mode de scrutin incite fortement à la bipolarisation du système des partis. Celui-ci était depuis le début du siècle éclaté, morcelé, fragmenté. Avec la V^{ème} République il est devenu bipolaire. [...] En n’autorisant que les deux candidats arrivés en tête à l’issue du premier tour à s’affronter au second tour, le système électoral s’est mécaniquement polarisé autour du clivage gauche-droite ».⁷ Ainsi, l’élection présidentielle structure le paysage politique français car, en raison de cette présence de deux candidats au second tour et de deux seulement, chaque parti politique et chaque électeur

octobre 1962 par le général de Gaulle », Éric PERRAUDEAU, « Le système des partis sous la V^{ème} République », in *Pouvoirs* n° 99 (2001: *La nouvelle V^{ème} République*), p. 105.

⁶ *Ibidem*, pp. 109 et s.

⁷ *Ibidem*, p. 105. L’auteur d’ajouter: « Certes, l’élection du président de la République au suffrage universel direct n’a naturellement pas produit immédiatement une bipolarisation des forces politiques, même si, dès 1965, le général de Gaulle est contraint d’affronter au second tour – éventualité qu’il n’avait pas envisagée – François Mitterrand. Ce n’est réellement qu’en 1974 et surtout en 1981 que cette bipolarisation apparaîtra nettement. Mais la logique bipolaire est d’ores et déjà enclenchée. La force centrifuge de l’élection présidentielle fut la plus forte ». Voir également la position de Michèle Cotta, plus ancienne: « Mais le scrutin majoritaire apparut bientôt comme générateur d’un autre trouble, autrement plus traumatisant pour la vie nationale: la bipolarisation [...]. Certes le scrutin législatif majoritaire n’est-il pas le seul responsable de cette coupure, due, pour la plus grande part, à l’élection du Président de la République au suffrage universel au deuxième tour d’une élection majoritaire nationale. Mais le scrutin majoritaire législatif a répercuté, dans la France entière, la division en deux blocs à peu près identiques, entre opposants et partisans du gaullisme, entre gauche et droite. Les 50-50 fatidiques à l’échelon national se retrouvaient partout en province. Plus: c’est le scrutin majoritaire aux présidentielles et aux législatives qui a obligé, dès 1962, les partis de l’opposition, communistes, socialistes, puis radicaux sensibles aux références et aux idéologies de la gauche, à s’unir comme ils le firent, derrière François Mitterrand, à partir de 1965 », Michèle COTTA, « Partis et Parlement sous la V^{ème} République », in *Pouvoirs* n° 4 (1982: *La V^{ème} République*), p. 19-20.

est tenu de soutenir l'un des deux au détriment de l'autre, sauf à faire le choix de l'abstention ou du vote blanc. Cela débouche sur une bipolarisation autour de ces deux candidats, qui se reproduit lors des élections législatives, lesquelles usent (presque) du même mode de scrutin et ont lieu – généralement jusqu'en 2000, systématiquement depuis – quelques semaines après les présidentielles.⁸

Cela n'empêche pas le fait majoritaire de connaître des variations: l'histoire de la V^{ème} République le confirme. Il peut être absolu et inconditionnel: un seul parti, celui du Président, détenant la majorité absolue à l'Assemblée nationale (ce fut le cas en 1981, 2002, 2007). Il peut aussi être absolu mais conditionnel: deux groupes politiques, issus de deux partis politiques, détiennent la majorité absolue et ils ont affiché leur volonté de mener une politique commune, le caractère absolu étant alors conditionné par le maintien de cet accord (exemples des élections législatives de 1973 et des cohabitations de 1986, avec le gouvernement Chirac et de 1993, avec le gouvernement Balladur). Il peut encore être absolu mais pluriel ou coalisé, avec un seul groupe majoritaire réunissant plusieurs partis politiques ou plusieurs groupes coalisés, imposant alors des négociations plus ou moins continues (exemples des élections législatives de 1967, ou encore lors de la cohabitation de 1997 avec le gouvernement Jospin). Il peut être simplement relatif, le parti et le groupe majoritaires ne détenant qu'une majorité relative, imposant de s'assurer, à chaque vote, soit le ralliement soit l'abstention d'un autre groupe (exemple de 1988, lors du second septennat de François Mitterrand). Il peut enfin être minoritaire, le Président étant issu d'un groupe minoritaire de la majorité, le contraignant alors à composer avec le groupe majoritaire, soit en nommant un Premier ministre issu de ses bancs, soit en composant pour obtenir son soutien (exemple de 1974, sous Valéry Giscard d'Estaing, d'abord avec Jacques Chirac, puis avec Raymond Barre).

Ce fait majoritaire est ce qui assure la domination du Président de la République sur les autres institutions politiques car le pouvoir du candidat vainqueur à la première dépend exclusivement de sa victoire

⁸ Guy CARCASSONNE, *La Constitution, introduite et commentée*, Points Seuil, Paris, 11^{ème} édition, 2013, p. 58.

aux secondes: « l'élection présidentielle n'offre à celui qui la gagne que des possibilités; seule la victoire aux élections législatives donne le pouvoir ».⁹ Ainsi, l'intensité du fait majoritaire fait varier l'étendue du pouvoir du Président et sa liberté d'action: « il est fondamental de souligner que la primauté présidentielle est strictement proportionnée au soutien parlementaire ».¹⁰

En 2012, tout laissait croire que François Hollande disposerait d'un fait majoritaire absolu: un seul groupe politique, correspondant au seul parti du Président, détenait la majorité absolue à l'Assemblée nationale. C'était oublier que ce groupe, en raison du contexte de la victoire de 2012 et de la pratique institutionnelle du quinquennat, serait empreint de contestation, faisant naître une catégorie nouvelle de fait majoritaire: un fait majoritaire contestataire. Catégorie nouvelle (I), il n'est pas encore acquis, mais pas non plus exclu, qu'il s'agisse d'une catégorie pérenne (II).

I. Une catégorie nouvelle

Apprécier si le fait majoritaire contestataire constitue effectivement une catégorie nouvelle requiert de déterminer ses critères d'identification (1) et de distinction (2).

1) Identifier

Le fait majoritaire absolu et inconditionnel offre au Président de la République une primauté tout aussi absolue et inconditionnelle sur l'édifice institutionnel, donc vis-à-vis du Gouvernement, d'une part et du Parlement, d'autre part. À ce titre, François Hollande devait être, pour un Président de gauche, dans une position encore plus confortable que celle de François Mitterrand en 1981, puisqu'en plus du soutien d'une majorité absolue de son propre camp à l'Assemblée

⁹ *Ibidem*, p. 59.

¹⁰ *Ibidem*.

nationale, il disposait également du soutien relatif du Sénat.¹¹ Il se retrouvait ainsi dans une position comparable à ceux qu'il avait le plus vivement combattus: Jacques Chirac en 2002, Nicolas Sarkozy en 2007, à ceci près qu'il pouvait aussi compter sur un soutien des collectivités territoriales, majoritairement à gauche.

Mais l'euphorie de cette victoire fut de courte durée car sa légitimité fut rapidement et triplement contestée. Par l'opposition, d'abord, ce qui est parfaitement classique, tant elle est dans son rôle. Par des partis de la coalition majoritaire, ensuite, ce qui est plus surprenant, à si brève échéance. Par des membres du parti et du groupe majoritaires eux-mêmes, enfin, ce qui est tout à fait exceptionnel.

Le Front de gauche, s'il s'était prononcé en faveur de François Hollande lors du second tour de l'élection présidentielle,¹² avait clairement affirmé qu'il ne participerait pas au Gouvernement, au lendemain des législatives: nulle surprise, donc, à ce qu'il prenne ses distances vis-à-vis de la majorité. En revanche, le détachement paraît plus surprenant de la part des véritables alliés du parti socialiste, les verts, qui ont d'ailleurs pu bénéficier d'un groupe politique à l'Assemblée nationale (et au Sénat, depuis 2011) grâce à un accord électoral pour les législatives, leur garantissant un certain nombre de sièges, en dépit de leur score médiocre aux présidentielles.¹³ Leur renforcement institutionnel grâce à la détention d'un groupe parlementaire dans chacune des assemblées (ce qui est inédit) n'est sans doute pas étranger à leur volonté d'asseoir une légitimité et un positionnement politiques propres vis-à-vis du Président de la République et de la majorité. Mais ce qui reste le plus surprenant est la distance prise par des députés socialistes, vis-à-vis de leur propre camp, de façon revendiquée et non

¹¹ La gauche remporte une victoire historique aux élections sénatoriales de 2011 en parvenant, pour la première fois depuis 1958, à être majoritaire, mais seulement jusqu'en 2014. Toutefois, le groupe le plus important reste le groupe UMP, avec 132 sénateurs, tandis que le groupe socialiste en compte 131. La gauche est majoritaire grâce au soutien des communistes, des verts et de quelques radicaux, le Sénat ayant cette spécificité historique de connaître un groupe (RDSE) réunissant des sénateurs de droite et de gauche.

¹² Le 22 avril 2012, Jean-Luc Mélenchon, candidat du Front de gauche, appelle à faire « battre Sarkozy », sans rien demander « en échange », Déclaration place Stalingrad.

¹³ Cf. Jean GICQUEL, « Variations sur la présidence normale de François Hollande », in *Mélanges Colliard*, *op. cit.*, p. 316. Eva Joly avait obtenu 2,31% des suffrages exprimés.

isolée (bien que marginale): c'est l'apparition des fameux « députés frondeurs», qui ne vont pas seulement jusqu'à s'abstenir, mais également jusqu'à voter contre un texte soutenu par le Gouvernement.

C'est sans doute là le critère d'identification de ce fait majoritaire contestataire: faire apparaître, de façon non isolée et durable, au sein du propre camp, voire du propre groupe politique de la majorité, une contestation de cette majorité, matérialisée par des voix de membres de ce groupe s'exprimant contre la politique et les textes soutenus par le Gouvernement, que ce soit expressément ou par une abstention. Le premier exemple est le projet de loi autorisant la ratification du TSCG (traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire), qui avait été signé par Nicolas Sarkozy: il est adopté par scrutin public en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale le 9 octobre 2012, par 477 voix pour, 70 voix contre et 21 abstentions, mais parmi les voix contre, on comptait 20 députés socialistes. S'il n'y avait pas eu d'autres cas, le fait majoritaire contestataire serait mort dans sa propre contestation. Mais cette dernière, au contraire, se poursuit et les exemples se multiplient, même si les votes « contre » ne furent plus jamais aussi nombreux.¹⁴ Ainsi, ce fait majoritaire, caractérisé par une contestation au sein du propre camp majoritaire, engendre un affaiblissement des pouvoirs du Président et du Gouvernement, alors même qu'ils détiennent la majorité absolue à l'Assemblée nationale.

2) Distinguer

Il s'agit là d'une situation nouvelle, nettement différente des autres catégories de fait majoritaire que l'on a pu connaître jusqu'alors. Elle

¹⁴ Le deuxième exemple est le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, adopté par scrutin public en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale le 9 avril 2013, par 250 voix pour, 26 voix contre et 278 abstentions; parmi les voix contre, on comptait 6 députés socialistes et, parmi les abstentions, on en comptait 35. Puis vint le projet de loi garantissant l'avenir et la justice du système de retraites adopté par scrutin public en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale le 15 octobre 2013, par 270 voix pour, 249 voix contre et 49 abstentions; parmi les abstentions, on comptait 17 députés socialistes. En 2014, donc sous le Gouvernement de Manuel Valls, les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale pour 2015 connurent des sorts similaires: il y eut respectivement 39 et 35 abstentions socialistes, sur chacun de ces textes, en 1^{ère} lecture, les 21 et 28 octobre 2014.

se distingue évidemment du fait majoritaire absolu et inconditionnel, le Gouvernement ne disposant plus, *a priori* et de façon systématique, du soutien absolu de son propre camp. Elle se distingue tout aussi évidemment du fait majoritaire minoritaire, ni le Président ni le Gouvernement n'étant issus de la minorité. Elle se distingue également du fait majoritaire absolu et conditionnel, même si elle s'en rapproche davantage, à ceci près que le défaut de soutien peut effectivement survenir à tout instant et que le soutien n'est pas censé résulter, initialement, d'un accord entre groupes politiques. Elle se rapproche, en revanche, du fait majoritaire absolu mais pluriel ou coalisé ou du fait majoritaire relatif, le présent fait majoritaire contestataire ne faisant pas disparaître la majorité absolue, grâce aux alliés – notamment les radicaux de gauche – de la majorité. Néanmoins, il s'en distingue en ce que dans ceux-là, Gouvernement et Président savent qu'ils peuvent au moins durablement compter sur le soutien de leur propre camp, dont ils connaissent précisément l'importance, ce qui n'est plus le cas dans celui-ci, où l'ampleur de la contestation est elle-même variable.

On saisit toute la distinction qu'il y a entre cette nouvelle catégorie de fait majoritaire et les autres lors des deux votes sur la déclaration de politique générale des Gouvernements Valls, cinq mois d'intervalle. Au lendemain de sa première nomination, le 8 avril 2014, Manuel Valls obtient la confiance avec 306 voix pour, mais 11 abstentions socialistes, tandis que le groupe écologiste lui offre 10 voix pour, 1 voix contre et 6 abstentions et le groupe GDR,¹⁵ 2 voix pour, 12 voix contre et 1 abstention. Le 16 septembre 2014, après sa deuxième nomination, il obtient la confiance avec 269 voix pour, soit moins de la majorité absolue (289) et avec 31 abstentions socialistes, tandis que le groupe écologiste ne lui offre aucune voix pour, mais 1 voix contre et 17 abstentions et le groupe GDR, 2 voix pour, 11 voix contre et 2 abstentions. Ces résultats sont à rapprocher de ceux obtenus par Jean-Marc Ayrault, le 3 juillet 2012, au lendemain des législatives: il obtient la confiance avec 302¹⁶ voix pour, aucune

¹⁵ Groupe de la Gauche Démocrate et Républicaine réunissant, notamment, les députés Front de gauche.

¹⁶ Le nombre est plus faible que celui obtenu par Manuel Valls, mais il y avait alors 26 députés non votant en raison de leur nomination récente au Gouvernement, alors qu'ils n'avaient pas encore été remplacés par leur suppléant.

abstention socialiste, le groupe écologiste votant unanimement pour et le groupe GDR lui offrant 3 voix pour et 12 abstentions (aucune voix contre). En septembre 2014, c'est ainsi la première fois depuis 1958 qu'un Gouvernement obtient la confiance avec une abstention aussi forte dans son propre groupe politique et autant de voix contre dans son propre camp.

Le point culminant de la contestation est marqué, à ce jour, par la discussion de la loi pour la croissance et l'activité, dite loi Macron, qui vient encore marquer un caractère distinctif. Manuel Valls a alors été contraint de faire application de l'article 49, alinéa 3 de la Constitution et d'engager la responsabilité du Gouvernement sur ce texte, afin d'en garantir l'adoption, car les députés frondeurs avaient annoncé qu'ils ne se contenteraient pas, cette fois, de s'abstenir, mais iraient jusqu'à voter contre, au moins pour certains d'entre eux. Afin d'éviter de courir le moindre risque, le Premier ministre a fait appel à l'arme la plus puissante de rationalisation du parlementarisme qu'offre la Constitution française: faire adopter un texte, sans le voter. Ce dispositif était initialement prévu pour créer une majorité, là où elle n'existait pas, comme c'était le cas sous les Républiques précédentes. Naturellement, avec l'apparition du fait majoritaire, il aurait dû tomber en désuétude, sauf dans les cas où, précisément, une majorité pouvait faire défaut, comme c'était le cas en 1967, en 1974, en 1988 ou encore en 1997. Il a toutefois été utilisé par des Gouvernements disposant d'un fait majoritaire absolu, qu'il soit inconditionnel ou conditionnel, afin de gagner du temps et de contrer les tentatives d'obstruction de l'opposition (entre 1993 et 2005).

Le recours à cet instrument – à trois reprises sur le même texte – alors que le Gouvernement dispose, officiellement, de la majorité absolue dans son propre camp et sans que cela soit justifié par une tentative de déjouer l'obstruction (il existe désormais d'autres mécanismes pour cela, tels que le temps législatif programmé), vient confirmer l'originalité de cette nouvelle catégorie de fait majoritaire, apparue sous le quinquennat de François Hollande.

II. Une catégorie pérenne

Nouvelle et originale, cette catégorie est-elle pour autant pérenne? Afin d'envisager si le fait majoritaire contestataire peut réapparaître (2), il faut d'abord en identifier les causes (1).

1) Les causes

Les causes de l'actuel fait majoritaire contestataire sont multiples et aucune, sans doute, n'est déterminante à elle seule. Leur importance respective est certainement variable et elles sont toutes contingentes. On en compte essentiellement quatre: le contexte électoral de 2012, le renouvellement de 2012, le contexte socio-économique, le choix du Premier ministre.

D'abord, la victoire de François Hollande le 6 mai 2012 est une victoire obtenue par contestation, non par adhésion: les électeurs n'ont pas tant soutenu le candidat élu que rejeté le candidat battu, qui se trouvait être le Président sortant. En 2012, la victoire de François Hollande s'explique par la volonté profonde de ne pas réélire Nicolas Sarkozy et, ainsi, de sanctionner sévèrement son mandat. Il en résulte une légitimité fortement atténuée, remise en cause dès le lendemain de l'élection. On pourrait rétorquer que ce n'est pas la première fois: l'élection de 1981, avec la victoire de François Mitterrand et l'éviction de Valéry Giscard d'Estaing semblerait correspondre au schéma de 2012. Elle ne lui est pourtant pas similaire: François Mitterrand, à travers sa présence sur l'échiquier politique depuis plusieurs décennies (notamment aux présidentielles de 1965 et de 1974, où il avait perdu de peu face au même Valéry Giscard d'Estaing) et son contrôle du parti socialiste, a insufflé une réelle volonté de changement et susciter une adhésion sous sa candidature.

La victoire aux élections législatives de juin 2012 reproduit alors le même schéma: certes, il s'agit de donner une majorité au candidat élu dans la contestation, mais également de poursuivre cette contestation de la politique menée par la majorité précédente. Les nouveaux parlementaires de la majorité ont alors eu le sentiment qu'ils devaient leur propre victoire moins à la victoire préalable du Président, qu'à la contestation de l'ancien, à laquelle ils ont naturellement pris part. Ils se

sont dès lors crus ne pas devoir être autant redevables à celui-là qu'ils auraient dû l'être et légitimes à poursuivre la contestation de l'œuvre de son prédécesseur. C'est ainsi que furent présentés contestation et votes contre le TSCG, traité négocié et signé par Nicolas Sarkozy et que, contrairement au schéma classique où les parlementaires de la majorité doivent leur victoire moins à eux-mêmes qu'au Président qui l'a engendrée, ils se sont sentis pousser des ailes.¹⁷

Cela est renforcé, ensuite, par le fait que de nombreux élus de la nouvelle majorité étaient des néo-arrivants à l'Assemblée nationale, jeunes pour bon nombre d'entre eux. Sans faire le détail de l'ensemble des députés frondeurs, on peut remarquer que parmi les vingt députés socialistes qui ont voté contre le TSCG, quinze n'avaient jamais exercé de mandat parlementaire. Peut-être peut-on mettre sur le compte de leur méconnaissance des sphères parlementaires cette remise en cause, insolite, de la discipline de vote, même si l'on a bien conscience que cet aspect n'est pas le plus convaincu. Mais il s'ajoute au reste et fait craindre pour l'avenir.

De plus, le contexte de crise socio-économique a laissé peu de répit à la nouvelle majorité: les électeurs, qui avaient notamment sanctionné le candidat sortant du fait de son manque de résultats, attendaient beaucoup du nouveau Président, qui s'était fermement engagé à « inverser la courbe du chômage », comme si un tel engagement politique pouvait se traduire en résultats effectifs d'un simple changement de majorité. La crise tardant à se résorber, la reprise tardant à arriver, le chômage tardant à baisser, la contestation ancienne a ressurgi et les membres de la majorité, qu'ils soient parlementaires ou même ministres, sans doute afin de se préserver face à leurs électeurs et forts

¹⁷ Ainsi que le rappelle Guy Carcassonne, « ceux qui ont opté pour le candidat finalement vainqueur s'obligent par là même à lui permettre de remplir son rôle. Ils se placent ainsi sous sa domination (quitte, parfois, à la secouer), et c'est ainsi que le président, auquel est déjà subordonné le gouvernement subjugue aussi la majorité parlementaire, à condition, du moins, d'être élu avant celle-ci », Guy CARCASSONNE, *La Constitution, introduite et commentée, op. cit.*, p. 59. Cf. également ce que dit Jean-Claude Colliard: « Pour le Gouvernement, c'est d'abord l'idée que sa majorité à l'Assemblée dépend non pas de référence parlementaire, comme c'est le cas classique de tous les régimes parlementaires, mais dépend de l'élection présidentielle: elle se dessine en fonction des soutiens ou des ralliements à l'élection présidentielle », Jean-Claude COLLIARD, « Un régime hésitant et déséquilibré », préc., p. 121.

de leurs convictions en tant que représentants de l'aile gauche du PS,¹⁸ ont cru devoir aller dans leur sens, plutôt que de soutenir les choix présidentiels, comme le commande la solidarité gouvernementale et majoritaire.¹⁹

Cela aurait toutefois pu être évité, en dépit des éléments précédents, si des sanctions avaient été immédiatement prises contre ceux qui s'autorisèrent le moindre écart. En réalité, c'est là l'esprit même de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct: pouvoir se détacher et se placer au-dessus des partis politiques, y compris du sien, sans être à leur merci. Par cette élection, il n'est redevable qu'au peuple qui l'a élu et non aux partis politiques, comme c'était le cas sous les Républiques antérieures et il est alors en mesure d'imposer ses propres décisions, y compris à son propre parti, car ce sont celles qu'à travers lui, le peuple lui-même a voulu.²⁰ Mais fort de sa volonté d'incarner un « Président normal » et oubliant que le Président de la République, s'il peut être un *homme* normal, exerce une *fonction* extraordinaire car il est le seul à l'exercer, choisi par plus de la moitié des votants, François Hollande a laissé l'autorité de son Premier ministre d'alors se faire écorcher, ne se rendant pas compte qu'à travers lui, c'était sa propre autorité et sa légitimité qui étaient atteintes.²¹ Peut-être que si le choix du Premier ministre s'était initialement porté sur une autre personnalité, qui se serait par exemple distinguée lors des primaires, qui tenait les rênes du parti socialiste et qui permettait de rassembler l'aile gauche, tout en disposant d'une expérience gouvernementale, la situation aurait été différente... Mais on ne saurait refaire l'histoire!

¹⁸ Cf. Jean GICQUEL, « Variations sur la présidence normale de François Hollande », préc., p. 315.

¹⁹ Cela n'a pas véritablement payé, comme le montre l'exemple de Jérôme Guedj, l'un des porte-voix des frondeurs (alors qu'il siégeait à l'Assemblée en tant que suppléant de François Lamy, ministre dans les Gouvernements de Jean-Marc Ayrault), qui a perdu les élections départementales de mars 2015, dans l'Essonne.

²⁰ Michèle COTTA, « Partis et Parlement sous la V^{ème} République », préc., pp. 20 à 22.

²¹ Cf. Jean GICQUEL, « Variations sur la présidence normale de François Hollande », préc., pp. 312 et s.

2) Les développements

Ce nouveau fait majoritaire contestataire est-il simplement une exception historique ou bien est-il une catégorie qui peut ressurgir à tout instant et dont l'on pourrait alors se prémunir? Signalons d'emblée qu'une apparition unique d'un certain type de fait majoritaire ne suffit pas à le rendre exceptionnel au point d'affaiblir ses chances de réapparaître: tant le fait majoritaire minoritaire (1974) que relatif (1988) constituent des précédents uniques à ce jour, mais rien n'interdit qu'un prochain Président soit à nouveau issu d'un courant minoritaire de la majorité ou qu'une prochaine majorité ne soit que relative. En revanche, les causes de l'actuelle catégorie sont multiples, là où les causes de ces deux précédentes étaient uniques (une personnalité présidentiable dans un parti minoritaire, une bien mauvaise campagne électorale encouragée par un Président qui ne croyait pas bon qu'un seul groupe détienne la majorité absolue).

Toutefois, sans croire que le fait majoritaire absolu et inconditionnel ait vécu, le fait majoritaire contestataire a sans doute encore de longues années devant lui. Les causes pourront alors être différentes et résider, notamment, dans la présence accrue des parlementaires, voire de l'élection en force de parlementaires néo-arrivants au Palais Bourbon, en raison de la limitation renforcée du cumul des mandats, qui a d'ailleurs vocation à disparaître. S'il est faux de croire que cette nouvelle limitation – et même sa disparition – va déboucher sur des parlementaires qui seront présents en permanence, on doit admettre qu'ils n'auront guère d'autres occupations et préoccupations que leur fonction au Parlement. Cela pourra les conduire, voire les encourager à examiner chaque pan de la politique présidentielle qu'ils sont appelés à voter, ce qui, en soi, n'est certainement pas un mal, au contraire, tant qu'ils gardent à l'esprit qu'ils doivent leur fonction au moins autant au Président victorieux qu'à eux-mêmes, si ce n'est davantage.

Si tel ne devait pas être le cas, sans doute que la primauté présidentielle serait affaiblie, n'en déplaise aux défenseurs d'une hypothétique VI^{ème} République ! Mais c'est aussi de la stabilité et de l'efficacité de la

V^{ème} République dont il est question²² et alors les anciens mécanismes de rationalisation du parlementarisme confirmeront leur retour en force. À ce titre, on ne peut que se féliciter que la réforme constitutionnelle de 2008 ne les ait pas anéanti, en considérant, à tort, qu'ils étaient inutiles dans une démocratie parlementaire,²³ mais on ne peut que déplorer, bien davantage, qu'elle en ait amoindri la portée, notamment en limitant les possibilités de recours à l'article 49, alinéa 3 de la Constitution, à un seul texte par session en sus des projets de loi de finances et de financement de la sécurité sociale.²⁴

Pour le savoir, il ne faut point refaire l'histoire, mais attendre que l'Histoire se fasse.

²² Cf. Céline VINTZEL, *Les armes du gouvernement dans la procédure législative. Étude comparée: Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni*, Dalloz, Paris, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2011, pp. 428 et s. et 625 et s.

²³ *Ibidem*, pp. 710 et s.

²⁴ *Ibidem*, pp. 751 et 752.

Improving Human Rights Protection on the National and the European Levels – Individual Access to Constitutional Courts and the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights

Schnutz Rudolf Dürr*

I. Introduction

Prof. Jean-Claude Colliard was a key member of the Venice Commission from 2006 until his death in 2014, following a long illness. Throughout his membership he was active as a rapporteur and has contributed to shape the doctrine of the Venice Commission, especially in the field of electoral law and political parties. Masterpieces of his work in this field were the Code of Good Practice in the field of Political Parties¹ and his Report on Measures to improve the Democratic Nature of Elections in Council of Europe Member States². Already ill, he still contributed to the

* Head of Constitutional Justice Division at the Venice Commission of the Council of Europe and Secretary General of the World Conference on Constitutional Justice. This intervention was made in a strictly personal capacity and does not necessarily reflect the official position of the Venice Commission or the Council of Europe.

¹ CDL-EL(2008)020, Draft Code of Good Practice in the field of Political Parties and CDL-AD(2009)021, Code of Good Practice in the field of Political Parties adopted by the Venice Commission at its 77th Plenary Session (Venice, 12-13 December 2008) and Explanatory Report adopted by the Venice Commission at its 78th Plenary Session (Venice, 13-14 March 2009).

² CDL-AD(2012)005, Report on measures to improve the democratic nature of elections in Council of Europe member states adopted by the Council for Democratic Elections at its 40th meeting (Venice, 15 March 2012) and by the Venice Commission at its 90th Plenary Session (Venice, 16-17 March 2012).

Venice Commission in its successful work of assisting in the drafting of a new Constitution for Tunisia³.

The Protection of Human Rights was always close to the heart of Jean-Claude Colliard. This paper in his honour relates to human rights protection on the national level as well as on the European level.

Within this wide field, this paper will deal with two aspects of human rights protection⁴, which currently undergo changes in Europe:

1. On the national level – we will approach the topic of individual access to constitutional justice and notably the question whether a complaint to a Constitutional Court is “effective”. This issue relates to the vertical relationship between national courts and European courts. In Europe we can see a trend to introduce and widen such access, for instance in Turkey, which introduced such an appeal two years ago, or in Macedonia, where a constitutional reform will widen a hitherto narrow constitutional complaint.
2. On the European level – this paper refers to a hot topic, the accession of the European Union to the European Convention of Human Rights. The EU accession to the Human Rights Convention will bring about coherence and clarity in a system where now two European Courts develop human rights in a horizontal, parallel way, which can lead to divergent interpretations of rights.

These two issues exemplify the complexity of multi-level Human Rights protection in Europe. Both questions are pivotal for a coherent functioning of the European human rights system, both on the national and the European levels.

³ CDL-AD(2013)032, Opinion on the Final Draft Constitution of the Republic of Tunisia adopted by the Venice Commission at its 96th Plenary Session (Venice, 11-12 October 2013).

⁴ This paper is based on presentations by the author at the Symposium on “*Institution Design for Conflict Resolution and Negotiation - Theory and Praxis*” (Nagoya, 1-2 February 2014) and Seminar celebrating the 25th anniversary of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Costa Rica (San José, 13-14 November 2014).

II. The national level – individual access to constitutional Courts

Let us first turn to the relationship between national Constitutional Courts and the European Court of Human Rights and in particular the question of national remedies against human rights violations.

Following, the fall of the Berlin wall, the Central and Eastern European countries wanted to join the Council of Europe as quickly as possible in order to become a member of the ‘club’ of democratic countries. Ratification of the European Convention on Human Rights together with the individual application to the European Court of Human Rights was a condition for such membership. Within a relatively short period, the Council of Europe expanded from 23 to 47 member states and the European Court of Human Rights was forced to follow this expansion with dramatic results. Given that the human rights protection in several of the new member states remained problematic in many respects, the number of applications from these countries increased steadily and the European Court of Human Rights accumulated an ever increasing backlog of cases, culminating in some 160.000 cases in 2011⁵.

The member States of the Council of Europe and the Court itself were increasingly worried about this problem, not least because the Court condemned the member states *inter alia* for the excessive length of procedures, while cases before the European Court itself took longer and longer to be settled.

The main remedy to this problem was Protocol No. 14, which brought about several procedural simplifications and notably a reduction of the number of judges for decisions of inadmissibility from three to one judges. Under Protocol no. 14, a single judge can reject manifestly inadmissible applications. However, this protocol was delayed for several years by the refusal of Russia to ratify it. The Russian Federation ratified Protocol 14 only when the other 46 member states agreed to go ahead without Russia and to establish the

⁵ Annual Report of the European Court of Human Rights 2012, p. 6 (http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2012_ENG.pdf, accessed 22.1.2014).

new system between them, whereas the old system – with three judges – would continue for Russia only⁶.

Protocol 14 was indeed quite successful. The Court was able to reduce the number of cases from 160.000 to some 90.000 within three years. However, the number of 90.000 pending cases is still impressive and many reckon that easier cases have been settled more quickly and that the remaining number includes a higher percentage of complicated cases.

A further reform was brought about by Protocol 15⁷, which explicitly refers to the principle of subsidiarity but also reduces the deadline to submit a case from 6 months to 4 months after the final national judgment.

In order to overcome the problem of the overburdening of the European Court of Human Rights, the “mother” organisation of the Court, the Council of Europe organised a series of conferences in Rome⁸, in Interlaken⁹, in Izmir¹⁰, and in Brighton in order to further explore ways to safeguard the system of the European Convention on Human Rights. The latest Declaration, adopted in Brighton¹¹, insists on the necessity to improve within the member states the systems of human rights protection in order to settle human rights problems on

⁶ For a prolonged period, the Russian Federation did not ratify Protocol 14 (opened for signature on 15.5.2004), which could enter into force only after ratification by all 47 members states of the Council of Europe, which are also parties to the Convention. All other 46 members had finished the ratification process in 2006 and when it became clear that Russia would not ratify, they elaborated the so called “Protocol 14bis” (opening for signature 27.2.2009, entry into force 1.10.2009), which introduced the simplification of the procedure before the Court only for the member States having ratified it. Probably in view of the impossibility to prevent the reform of the Court, the Russian Federation finally ratified Protocol no. 14 on 18.2.2010. As a consequence, that Protocol entered into force on 1.6.2010 and Protocol 14bis ceased to be in force.

⁷ CETS No. 213, Opened for signature on 24.6.2013, not yet entered into force.

⁸ European Ministerial Conference on Human Rights, Rome, 3-4.11.2000.

⁹ High Level Conference at Interlaken, Declaration of 19 February 2010: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1591969>.

¹⁰ High Level Conference at Interlaken, Declaration of 19 February 2010 ; High Level Conference of Izmir, Declaration of 27 April 2011.

¹¹ High-level Conference on the future of the European Court of Human Rights (Brighton, United Kingdom, 18-20 April 2012), CDDH(2012)007, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/cddh-documents/cddh_2012_007_en.pdf (accessed 22.1.2014).

the national level. Paragraph 9.c.iii of the Brighton Declaration calls upon the States Parties to consider the introduction of new domestic legal remedies for alleged violations of the rights and freedoms under the Convention.

Following thorough reforms, the scope of further improvements of the procedures at the European Court of Human Rights seems rather narrow. Therefore, the Council of Europe and its member states turn to the question how human rights violations can be settled at the national level rather than cases being brought to Strasbourg¹².

One vector of this focus on human rights protection on the national level is Protocol no. 16¹³, according to which highest courts of the member States can request advisory opinions from the European Court of Human Rights in the context of a case pending before the national court. The idea is that by following the advisory opinion, the national court would avoid a later appeal to the European Court of Human Rights and a possible condemnation by the European Court. In private discussions, constitutional judges seem rather reluctant towards this mechanism, which has not yet been established.

In this wider context of national remedies, the Venice Commission has prepared a study on individual access to constitutional justice¹⁴, which *inter alia* elaborated on the issue of how such national remedies have to be designed in order to live up to the standards of the European Court of Human Rights, which would require their exhaustion before cases can be brought before the Strasbourg Court.

¹² The Council of Europe mandated two working groups to prepare proposals for a reform of the Court. With participation from the Venice Commission, the working group GT-GDR-F is preparing on the longer-term future of the Convention system (http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/DOCUMENTS-GroupF_en.asp). Another group, GT-GDR-G, prepares proposals for a change of the procedure for the amendment of the Rules of Court, giving the member States more influence over such amendments (http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/GT-GDR-G_en.asp).

¹³ CETS No. 214, Opened for signature on 2.10.2013, not yet entered into force.

¹⁴ Study on Individual Access to Constitutional Justice, adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010, CDL-AD(2010)039rev); see also P. Paczolay, Introduction to the Report of the Venice Commission on Individual Access to Constitutional Justice, Conference on Individual Access to Constitutional Justice, Arequipa, Peru, 30-31 May 2013 (CDL-JU(2013)003).

The Study, which is available in Spanish translation thanks to the Constitutional Court of Chile¹⁵, tries to provide answers to the issue of efficient national human rights remedies, as called for in the Brighton Declaration.

The Council of Europe steering committee, which is in charge of the implementation of the Brighton Declaration – CDDH, has indeed invited the Venice Commission to co-operate in the follow-up to the Brighton Declaration.¹⁶

Before entering the the substance of this study, let us present its author, the Venice Commission.

a. Venice Commission

Founded in 1990, the Venice Commission is an advisory body of the Council of Europe. It is composed of independent experts in the field of constitutional law. They are mainly university professors and judges of constitutional or supreme courts.

Being part of the Council of Europe, the Venice Commission is open to the participation of non-European countries and has a total of 60 member states. In the Americas, Brazil, Chile, Mexico, Peru and the United States are full members. Argentina, Canada and Uruguay are observers.

The main activity of the Commission is to provide advice for the preparation of constitutional reforms and para-constitutional legislation (electoral laws, legislation on the structure of the Judiciary etc.).

The Commission only acts upon request, which can come from the State concerned, the organs of the Council of Europe or international organisations that participate in the work of the Venice Commission (European Union, OSCE/ODIHR). In practice, most of the requests for advice come from Governments and Parliaments, but the Commission also provides *amicus curiae* briefs to Constitutional Courts when

¹⁵ Estudio sobre el Acceso individual a la Justicia Constitucional, CDL-AD(2010)039rev ([http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-spa](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-spa)).

¹⁶ Report of the 79th meeting of the CDDH ([http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/cddh-documents/cddh\(2013\)r79_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/cddh-documents/cddh(2013)r79_en.pdf)).

they ask for them. The Constitutional Court of Peru, for example, has requested an *amicus* brief in a case relating to crimes against humanity¹⁷.

Since its establishment, the Venice Commission supported the idea of an international dialogue of constitutional judges. As a basis for this dialogue, the Venice Commission provides a permanent platform for exchange of information. Tools for this exchange are the CODICES database, which provides information about important cases of more than 80 Constitutional Courts, Constitutional Councils, Constitutional Chambers and Supreme Courts in Europe, Asia, Africa and the Americas, as well as from the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and the Inter-American Court of Human Rights. All contributions are prepared by liaison officers appointed by the Courts themselves.

The liaison officers also have access to the confidential on-line Venice Forum, through which the courts can quickly exchange information and request assistance.

In cooperation with regional groups and linguistic groups uniting Constitutional Courts, Constitutional Councils and Supreme Courts¹⁸, the Commission established the World Conference on Constitutional Justice which has 94 Member Courts¹⁹, and for which the Venice acts as the Secretariat.

So far, the World Conference held Congresses in 2009 in South Africa, in 2011 in Brazil and 2014 in Korea. The goal of the World Conference is to ensure long-term cooperation between constitutional courts, as well as exchanges of human rights case-law in order to strengthen democracy, human rights and the rule of law.

¹⁷ CDL-AD(2011)041, Amicus Curiae Brief on the case Santiago Bryson de la Barra et Al (on crimes against humanity) for the Constitutional Court of Peru adopted by the Venice Commission at its 88th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2011)

¹⁸ Conference of European Constitutional Courts, the Association of Constitutional Courts using the French Language, the Southern African Judges Commission, the Conference of Constitutional Control Organs of Countries of New Democracy, the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, the Union of Arab Constitutional Courts and Councils, the Ibero-American Conference of Constitutional Justice and the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa, Commonwealth Courts.

¹⁹ www.venice.coe.int/WCCJ.

b. Constitutional control in Europe

Today, there is general agreement that ordinary legislation has to be in conformity with the Constitution²⁰. As a consequence, a large majority of countries have entrusted the control of the conformity of laws with the Constitution to courts, either the ordinary courts or specialised constitutional courts.

The idea of the constitutional review (or control) of ordinary laws originates in the USA where in 1803, the Supreme Court held that a legislative act that conflicts with the Constitution is void and cannot receive judicial application²¹. This idea spread to Europe and already during the 19th century, the Supreme Courts in Monaco, Norway²² and Romania²³ asserted their jurisdiction not to apply unconstitutional laws.

Hans Kelsen, the drafter of the Austrian Constitution of 1920, was in favour of the idea of constitutional review but he also was of the opinion that the annulment of laws adopted by Parliament, elected by the sovereign people, should not be entrusted to the ordinary judiciary, which lacked sufficient democratic legitimacy. His novel idea was to entrust constitutional review to a specialised court – a negative legislator – which would draw its legitimacy from a specific constitutional mandate and from its special composition²⁴. In its Report on the Composition of Constitutional Courts, the Venice Commission examined how specialised constitutional courts are composed. The Venice Commission recommended a composition reflecting various tendencies in society²⁵.

²⁰ H. Steinberger, Models of Constitutional Jurisdiction, CDL-STD(1993)002, p. 3.

²¹ Marbury v. Madison, 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803), CODICES [USA-1803-S-001] (the CODICES database of the Venice Commission is available at www.CODICES.CoE.int).

²² K. M. Bruzelius, "Judicial Review within a Unified Country", http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/NOR_Bruzelius_E.pdf.

²³ G. Conac, *Une antériorité roumaine : le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, in *Mélanges Slobodan Milacic, Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruylant, Belgique, 2007.

²⁴ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York (1961), p. 268.

²⁵ Venice Commission, Report on the Composition of Constitutional Court, CDL-STD(1997)020.

Between the two world wars specialised constitutional courts were established in Austria, in Czechoslovakia and in Liechtenstein. Because of Kelsen's origin and because his idea to establish a specialised Constitutional Court was implemented in Austria, this mechanism is often referred to as the 'Austrian model', even though many of these courts differ considerably from the Austrian Constitutional Court. For tragic historic reasons, the original Austrian Court only existed for a short period between 1920 and 1933²⁶.

Since the Second World War, specialised constitutional courts often have been introduced as a remedy against human rights violations after periods of dictatorship. We can discern three waves²⁷ of the establishment of such courts: first in Germany and Italy, as a reaction to Nazism and Fascism, a second wave in Spain and Portugal after end of dictatorships in these countries and finally, after the fall of the Berlin wall in former communist countries of Eastern Europe, but also in other parts of the world²⁸.

The establishment of specialised constitutional courts nearly always results in some form of tension between the established ordinary judiciary and the newly created Constitutional Court²⁹. Nonetheless, many countries have introduced specialised constitutional courts and this trend continues³⁰. There are two main reasons for this trend: hierarchy and human rights protection:

- (a) The constituent power wants to ensure the supremacy of the Constitution over ordinary law and thinks, probably rightly, that a Constitutional Court is more likely to strike down laws because the Court has been set up for this very purpose. The main task for

²⁶ The Liechtenstein Constitutional Court has the longest uninterrupted activity of all constitutional courts. The current law in force of 2003 replaced the Law of 5 November 1925 on the Constitutional Court, Liechtenstein Legal Gazette (Landesgesetzblatt, LGBL.) 1925 No. 8.

²⁷ L. Solyom, *Comment*, in G. Nolte, ed., *European and us Constitutionalism*, Cambridge (2005), p. 210.

²⁸ For example in Asia: South Korea (1988), Mongolia (1992), Indonesia (2003).

²⁹ Sc. Dürr, *Individual Access to Constitutional Courts in European Transitional Countries*, in B. Fort, Bertrand, *Democratising Access to Justice in Transitional Countries* (Singapore 2006), pp 51-74.

³⁰ Jordan, for example introduced a specialised Constitutional Court with a constitutional amendment in 2011 and the Constitutional Court Law no.15 for the year 2012.

ordinary courts is to apply laws and not to annul them. Therefore, it is much more difficult for an ordinary judge to conclude that a provision of a law is constitutional.

- (b) The constituent power wants to provide for efficient human rights protection in a situation of democratic transition after the end of an authoritarian regime. In such a situation, citizens often mistrust the judiciary because it had to accommodate with the previous regime. Many judges will have acquiesced with the undemocratic situation, but reforming or renewing the whole judiciary is often a painfully slow process, even if it has to be addressed on a continuous basis. In such a situation, one specialised Constitutional Court, composed of judges who have an outstanding reputation, can be established relatively quickly.

This second reason calls for the introduction of an individual complaint to the Constitutional Court. By attributing individual access to a specialised Constitutional Court, this Court should be able to correct judgements of the ordinary judiciary. If this idea is to be implemented coherently, a so-called full constitutional complaint is required. A merely normative constitutional complaint, directed against unconstitutional laws only, as it was established in several Eastern European countries, cannot fulfil this purpose. The very establishment of a Constitutional Court raises high expectations in the population, which will be deceived when they find out that very often the Constitutional Court cannot help the victims of human rights violations, because the cause of those violations was not an unconstitutional law, which can be attacked before the Constitutional Court, but 'only' the unconstitutional application of a constitutional law. Such violations, which are much more frequent than violations due to unconstitutional laws, cannot be remedied with the normative constitutional complaint. There is a serious danger - which turned into reality in some countries - that high expectations towards the new Constitutional Court as an efficient human rights protector turn into deception and a negative attitude of at least parts of the population towards that Court.

Following the logic of the above mentioned Brighton Declaration, specialised constitutional courts should however be entrusted with a full constitutional complaint, which would be seen as an effective

remedy by the European Court of Human Rights. In this vein, the Venice Commission positively assessed the project to introduce a full constitutional complaint in Hungary³¹, Turkey³² and in Macedonia³³, and called upon Ukraine to transform its normative constitutional complaint into a full constitutional complaint.³⁴ Recently, the Venice Commission strongly recommended Montenegro not to weaken the existing constitutional complaint by replacing the Court's powers to repeal ordinary court decisions, by a mere declaration of their unconstitutionality³⁵.

c. The Venice Commission's Study on Individual Access to Constitutional Justice

The Commission's Study first distinguishes the various forms of individual access: diffuse vs. concentrated review³⁶, whereby diffuse control mostly exists in Northern European countries and various forms of concentrated review is prevalent in Southern and Eastern Europe. However, it is difficult to make a clear distinction between

³¹ In Hungary the constitutional complaint replaced an *actio popularis*. While criticizing other aspects of constitutional reform in Hungary, the Venice Commission welcomed the introduction of the constitutional complaint: CDL-AD(2012)009, Opinion on Act CLI of 2011 on the Constitutional Court of Hungary adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary Session (Venice, 15-16 June 2012); CDL-AD(2011)001, Opinion on three legal questions arising in the process of drafting the New Constitution of Hungary - Adopted by the Venice Commission at its 86th Plenary Session (Venice, 25-26 March 2011).

³² Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey adopted by the Venice Commission at its 59th Plenary Session (Venice, 18-19 June 2004, CDL-AD(2004)024), followed by the Opinion on the law on the establishment and rules of procedure of the Constitutional Court of Turkey adopted by the Venice Commission at its 88th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2011, CDL-AD(2011)040).

³³ CDL-AD(2014)026, Opinion on the seven amendments to the Constitution of "the former Yugoslav Republic of Macedonia" concerning, in particular, the judicial Council, the competence of the Constitutional Court and special financial zones, adopted by the Venice Commission at its 100th Plenary Session (Rome, 10-11 October 2014).

³⁴ Opinion on Proposals amending the Draft Law on the Amendments to the Constitution to strengthen the Independence of Judges of Ukraine, adopted by the Venice Commission at its 97th Plenary Session, (Venice, 6-7 December 2013), CDL-AD(2013)034, paragraph 11.

³⁵ CDL-AD(2014)033, Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of Montenegro, adopted by the Venice Commission at its 100th Plenary Session (Rome, 10-11 October), para. 52.

³⁶ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 34.

these systems. Some countries, like Portugal, have mixed systems, combining constitutional review by the ordinary courts with that of a specialised Constitutional Court.

In an opinion on Estonia, the Venice Commission recognised that the establishment of a Constitutional Chamber within a Supreme Court, like in Costa Rica, is a perfectly valid option for establishing a democratic constitutional system³⁷. Nonetheless most of the new democracies in the Central and Eastern Europe have opted for a specialised Constitutional Court. Such a choice necessarily results in questions of distribution of jurisdiction between the ordinary courts and the Constitutional Court, and raises a series of questions, which the Study tries to address. Therefore, the Study points out that a number of issues it deals with relate to countries with a specialised Constitutional Court³⁸.

Another important distinction is *a priori* and *a posteriori* review³⁹. A limitation to abstract *a priori* review, that is before laws are enacted, was a typical feature of the French system. However, since the 2008 constitutional reform, the Priority Question of Constitutionality has provided for individual, albeit indirect access and it introduced an important shift towards the review of laws that are already in force. More and more, the Constitutional Council changes from a political to a judicial institution⁴⁰. In other countries, *a priori* control is known in order to examine the constitutionality of treaties before they are ratified. The reason for such *a priori* control is that once a treaty is ratified, it would be difficult to remedy, *a posteriori*, a finding of unconstitutionality because the State is bound to follow the treaty under international law.

At least in theory, *a priori* examination can avoid the enactment of unconstitutional legislation. However, unconstitutional effects of legislation often are only discovered at the time of its application, in practice. Systems, which only provide for *a priori* review, have to live

³⁷ Opinion on the Reform of Constitutional Justice in Estonia (CDL(1998)059).

³⁸ CDL-AD(2010)029rev, paragraph 26.

³⁹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 44.

⁴⁰ A removal of the former Presidents of the Republic from the membership of the Council would reinforce this process and would strengthen the Council's role as an independent judicial organ.

with the absence of a remedy against unconstitutional laws if either those laws had not been submitted to *a priori* review or when the unconstitutionality only becomes evident during the application of the law.

a. Indirect access

The Venice Commission's Study continues to examine indirect access, foremost preliminary requests to the Constitutional Court⁴¹. When Italy, for instance, established a Constitutional Court, the constituent power chose the preliminary request as a means for individual access. When ordinary judges have to apply a legal provision deemed unconstitutional, they stay the proceedings in the case before them and send a request for constitutional review of that provision to the Constitutional Court⁴². The Constitutional Court either annuls the provision or upholds it as it constitutional⁴³. When the requesting judge (the judge *a quo*) receives the reply from the Constitutional Court (the judge *ad quem*), the ordinary judge resumes the case and decides it on the basis of the decision of the Constitutional Court, (a) either applying the provision found constitutional, (b) applying it with an interpretation given by the Constitutional Court, or (c) by disregarding the provision if it was found to be unconstitutional. Preliminary requests to the Constitutional Court exist in a number of countries, sometimes as the sole type of individual access (e.g. Italy, Lithuania, Romania⁴⁴, France⁴⁵), sometimes together with a direct individual complaint (e.g. Belgium⁴⁶, Germany, Spain⁴⁷).

⁴¹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 56.

⁴² A. Quaranta, *Il giudizio incidentale di legittima costituzionale*, CDL-JU(2012)025.

⁴³ The Constitutional Court of Italy has developed a number of intermediary types of judgement, which provide a specific interpretation of the law, which has to be applied to make the provision constitutional, A. D'Atena, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della corte costituzionale*, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/06_11_09_DAtena.pdf.

⁴⁴ A. Zegrean, *L'exception d'inconstitutionnalité à la Cour constitutionnelle de la Roumanie*, CDL-JU(2012)023.

⁴⁵ J. de Guillenchmidt, *La question prioritaire de constitutionnalité*, CDL-JU(2012)028.

⁴⁶ P. Nihoul, *Les questions préjudicielles*, CDL-JU(2012)027.

⁴⁷ R. Arribas, «Cuestiones» *posées par le juge ordinaire à la Cour constitutionnelle d'Espagne (et autres modes d'accès de l'individu à la Cour constitutionnelle)*, CDL-JU(2012)024.

In some countries, all levels of the judiciary can make preliminary requests, whereas in France or now also in Jordan, lower instance judges have to send a request first to the supreme court(s) and it is the latter court(s) that finally decide whether or not to make a preliminary request to the Constitutional Court. Such a filter by the ordinary supreme court(s) has the advantage of reducing the case-load of the Constitutional Court. However, there is a serious danger that these courts take their filtering task too seriously so that important cases do not reach the Constitutional Court because the Supreme Court prefers settling the issue within the ordinary judiciary. We have seen this danger in France⁴⁸ and recently also in Jordan.

The Venice Commission recommends giving courts of all levels access to the Constitutional Court⁴⁹. In principle, preliminary requests are less of a danger for creating conflicts between the ordinary and the constitutional judiciary than individual complaints but the (excessive) filtering of preliminary requests can easily become the source of such conflicts.

A key issue is whether the judge *a quo* is obliged to make a preliminary request or whether s/he has discretion. The Study recommends that when there is no direct individual access to constitutional courts, it would be too high a threshold condition to limit preliminary questions to circumstances where an ordinary judge is convinced of the unconstitutionality of a provision; serious doubt should suffice⁵⁰.

The Venice Commission's Study also examines requests to the Constitutional Court by the Ombudsperson and recommends introducing such access in parallel to preliminary requests or direct constitutional complaints. Through his or her work, the ombudsman has an excellent knowledge about the application of the laws and can easily identify unconstitutional laws. As a consequence, the ombudsman should also have the possibility to request the annulment

⁴⁸ Fatin-Rouge Stéfanini, Marthe, *Le filtre exercé par le Conseil d'Etat, La QPC vue du droit comparé - Mars 2013*, http://www.gerjc.univ-cezanne.fr/fileadmin/GERJC/Documents/COMMUNICATIONS/Le_filtre_exerce_par_le_Conseil_d_Etat_1.pdf.

⁴⁹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 62.

⁵⁰ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 216.

of such laws by the Constitutional Court, either in abstract form⁵¹ or possibly by referring to a specific case.

b. Direct access

While Kelsen ‘invented’ specialised constitutional courts, he did not favour individual access. According to him, only State bodies should be able to appeal to the Constitutional Court⁵², except for the challenge of administrative acts⁵³.

Various forms of direct access have been developed over time. Like Kelsen, the Venice Commission has a critical attitude towards the *actio popularis*, whereby any citizen can request the annulment of a law, even if the citizen is not affected by that law. Such a wide access can lead to a serious over burdening of the Constitutional Court. In Croatia, where an *actio popularis* exists, a single person, a retired judge, brought some 700 cases to the Constitutional Court, which had to deal with each request⁵⁴. Hungary replaced the *actio popularis* with an individual complaint.

The Commission’s Study focuses on the individual complaint to the Constitutional Court. This term covers quite different procedures. The normative constitutional complaint can be directed only against – allegedly – unconstitutional laws, whereas the full constitutional complaint is directed against unconstitutional individual acts, no matter whether these acts are based on an unconstitutional law or not. The normative constitutional complaint has been introduced mainly in Eastern European countries (e.g. Russia, Ukraine), whereas the full constitutional complaint has been developed first in Germany. The Spanish *amparo* is a full constitutional complaint as well.

⁵¹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 62.

⁵² Kelsen referred to the *actio popularis*: Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in: *VVdStRL 5* (1929), S. 31-88 (68 f., 70, 74), available at : <http://www.hans-kelsen.de/gericht.pdf> (accessed 23.1.2014); see also V. Neumann, *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*, *Humboldt Forum Recht*, 9/2012, p. 1. <http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=269> (accessed 23.1.2014).

⁵³ G. Brunner, *Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im Europäischen Raum*, CDL-JU(2001)022, p. 15.

⁵⁴ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 74.

In Germany, the horrors of the Nazi regime brought about the need to establish a constitutional court not only as a “State Court”, in charge of disputes between state authorities but also as a protector of human rights. The 1951 Law on the Constitutional Court of Germany introduced an individual complaint to the newly established Constitutional Court, even though the German Constitution, the Basic Law, remained silent on this issue. Only in 1969, the Basic Law was amended to provide for the individual complaint also on the constitutional level.

Most important from the viewpoint of providing an efficient multi-level human system of rights protection, the Venice Commission’s Study examines whether individual complaints can function as a national filter for cases reaching the European Court of Human Rights. Starting from the need to address the heavy case-load of that Court, the Study provides advice on how to design an individual complaint so that it can become an “effective remedy” under Article 13 of the European Convention on Human Rights. The decisive criterion is, according to Article 35 of the Convention, whether the European Court of Human Rights insists on the exhaustion of a remedy or whether it accepts an application directly without insisting that such a remedy be exhausted before making an application to the Strasbourg Court.

The European Court of Human Rights will only recognise a national remedy as “effective” if this remedy can provide relief to the complainant. As a consequence, a constitutional complaint has to result in a binding judgement. For example, a mere recommendation to Parliament to amend an unconstitutional law is obviously not sufficient. The Constitutional Court also must be obliged to hear the case, i.e. there cannot be discretion on whether the Court takes on a case, and there must not be unreasonable demands as to the costs and legal representation by a lawyer for the applicant⁵⁵.

Complaints against excessive length of procedure are a special case. Here, the Constitutional Court has to be able to order the speedy resumption of proceedings. This means that the Court has to provide not only a compensatory but also an acceleratory remedy⁵⁶.

⁵⁵ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 93.

⁵⁶ On this point see also the Venice Commission’s Study on the Effectiveness of National Remedies in respect of Excessive Length of Proceedings adopted by the Venice Commission at its 69th Plenary Session (Venice, 15-16 December 2006), CDL-AD(2006)036, para. 173.

The Study continues to give advice on institutional design of individual complaints procedures by examining time-limits, which should be reasonable⁵⁷. As concerns the obligation to be represented by a lawyer, the Commission insists on the availability of free legal aid also for constitutional proceedings⁵⁸. Court fees should remain reasonable and it should be possible to reduce them in justified cases⁵⁹. When there is a complaint against a judgement that was decided in favour of a third party, that party should have the opportunity to make a statement also in the constitutional complaint proceedings⁶⁰.

Complex questions arise in relation to interim measures. According to the Commission's Study, the Constitutional Court should be able to suspend a challenged provision if its implementation would result in further damage that cannot be repaired⁶¹. Such powers are wide, especially given that in such a case Court has not yet decided on the constitutionality of the provision, but already suspends it with *erga omnes* effect pending the final judgement. Only serious irreparable damage can justify the suspension of legislation adopted by Parliament.

c. Standard of review – “Convention friendly” interpretation of constitutional rights

Whatever the type of appeal to the Constitutional Court may be, typically the standard of control of legislative or individual acts will be the fundamental rights of the national Constitution and not the rights provided for in the European Convention on Human Rights. Therefore, numerous questions arise when the scope of constitutional rights and the Convention rights differ. Only few Constitutional Courts use the Convention itself as the relevant standard. The Constitutional Court of Austria does so because the Austrian Constitution does not contain a human rights catalogue. The major political parties could never agree

⁵⁷ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 112.

⁵⁸ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 113

⁵⁹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 117.

⁶⁰ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 132.

⁶¹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 149.

on whether such a catalogue should also contain social rights and therefore they agreed to raise the European Convention on Human Rights to the constitutional level⁶². Also due to the fact that the so-called Dayton Constitution of Bosnia and Herzegovina was part of an internationally brokered agreement to end the civil war in that country, this Constitution provides that the European Convention on Human Rights is part of the Constitution to have some kind of human rights catalogue⁶³. Typically, all other specialised constitutional courts apply the human rights catalogue of their own Constitution as the standard of review. These rights can differ not only in their formulation, but also in the way how limitations are expressed, either in a specific or a general limitation clause⁶⁴. Even if the national rights and the Convention right seem to be close textually, the interpretation which is given to them by the national Constitutional Court and the European Court of Human Rights can differ substantially. Therefore, if the individual complaint is to serve also as an effective national remedy filtering cases before they are brought before the European Court, the national rights need to be interpreted in a “convention friendly”⁶⁵ manner. This does not mean that the interpretation of these rights has to be the same for both courts. Without endangering the assessment as an effective remedy, the national complaint can be wider and can confer more freedom to the individual. However, the national interpretation

⁶² National report submitted in accordance with paragraph 15 (a) of the annex to Human Rights Council, Austria, A/HRC/WG.6/10/AUT/1, paragraph 9.

⁶³ Although this is unrelated to the issue of individual complaint, it is interesting to note that the supreme courts of the Netherlands (the Supreme Court and the State Council, which is the supreme administrative court) even use the Convention as the only standard of review in human rights matters because Article 120 of the Dutch Constitution explicitly excludes that any judge may disregard laws adopted by Parliament because the law is found to be contrary to the Constitution. Thus explicitly excluding any constitutional review, Article 120 is probably the most radical expression of parliamentary sovereignty, a remnant of the mistrust of the French revolution in the judges. Le juge « *la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* », Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748).

⁶⁴ This issue was the subject XIIIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on the “Criteria for the Limitation of Human Rights in the Practice of Constitutional Justice” (Nicosia, 16-17 October 2005), http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_01_01_Regional_CECC_Cyprus.

⁶⁵ Vallianatos and others v. Greece (applications nos. 29381/09 and 32684/09), partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque.

should not be narrower than the European one. If the scope of the national right were considerably narrower than the Convention right, the European Court of Human Rights would probably find that this remedy is not effective and would accept complaints without insisting in the exhaustion of this remedy.

d. Effective execution / implementation

The term “effective remedy” implies that judgments of constitutional courts have to be implemented to be effective. The Study identifies the interpretation in conformity with the Constitution as an area where implementation can easily be a problem if the ordinary courts do not follow the constitutional interpretation given by the Constitutional Court but continue to apply an interpretation of the law, which was found to be unconstitutional. Therefore, the Venice Commission recommends introducing a provision in the Constitution, which obliges all other state powers to follow a provision’s interpretation given by the Constitutional Court⁶⁶.

Unfortunately, in Europe several constitutional courts are faced with at least occasional non-implementation / execution of their judgements⁶⁷. While the non-respect of judgements is certainly a problem of legal culture – or rather the absence of such a culture, the Courts themselves can contribute to overcome this problem. Several elements can be important: the Court should be coherent with its own case-law. There will always be new issues to be decided but to the extent possible, the case-law of a Constitutional Court should be predictable and the Court should not ‘surprise’ the state powers and the public. The better a judgement follows arguments expressed in earlier case-law, the better it will be accepted and, as a consequence,

⁶⁶ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 165.

⁶⁷ P. Paczolay, “Experience of the Execution of Constitutional Court’s decisions declaring legislative omission in Hungary, Conference on “Execution of the decisions of constitutional courts: a cornerstone of the process of implementation of constitutional justice” (Baku, Azerbaijan 14-15 July 2008), CDL-JU(2008)029; Synopsis of the Conference on the “Execution of decisions of Constitutional Courts” (Baku, Azerbaijan, 14-15 July 2008): Synopsis, CDL-JU(2008)051syn.

implemented. Courts can even construct their case-law by referring to important arguments as an *obiter dictum* in judgements where they are not decisive. In a later case, the Court can then already refer to its earlier case-law and the new case will become part of a coherent string of precedents.

e. Constitutional matters

Finally, the Report on Individual Access to Constitutional Justice, examines the relationship between Constitutional Courts and ordinary courts and identifies the danger that the Constitutional Court become a ‘super-Supreme Court’ or the so-called ‘4th instance’. Therefore, it is necessary to give a narrow scope of the term ‘constitutional matter’. The definition of this concept is crucial for finding a delimitation of competences between supreme courts and the Constitutional Court. The biggest danger stems from a wide interpretation of the right to a fair trial (Article 6 of the European Convention on Human Rights). If widely interpreted, any incorrect interpretation of the law by an ordinary court or a violation of procedural law can result in a violation of the right to a fair trial, and becomes a constitutional matter giving rise to a constitutional complaint. Sometimes, constitutional courts thus ‘slide’ into the interpretation of ordinary law, and (supreme) ordinary courts are – rightly – upset about such interference. There is no obvious or simple solution. Not each violation of ordinary law can be a constitutional matter but some violations certainly are⁶⁸. Here, the Study cannot provide a simple solution when it recommends: “The constitutional court should only look into ‘constitutional matters’, leaving the interpretation of ordinary law to the general courts. The identification of constitutional matters can, however, be difficult in relation to the right to fair trial, where any procedural violation by the ordinary courts could be seen as a violation of the right to a fair trial. Some restraint by the constitutional court seems appropriate, not least in order to avoid its own overburdening, but also out of respect of the jurisdiction of ordinary courts’⁶⁹.

⁶⁸ On this issue see Brunner, CDL-JU(2001)022, p. 20 seq.

⁶⁹ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 211.

III. Accession of the European Union the European Convention on Human Rights

d. The Problem

Let us turn to Accession of the European Union the European Convention on Human Rights.

In Europe, two international organisations deal – at least partially – with human rights. The older organisation is the Council of Europe with its 47 member states and covers nearly the entire continent⁷⁰. The Council of Europe is the “mother” organisation for the European Court of Human Rights in Strasbourg. While in the framework of the OAS, you have the separate Inter-American Commission and Court of Human Rights, two such bodies have been merged in Europe through Protocol 11 to the European Convention Human Rights⁷¹ into the permanent European Court of Human Rights.

The European Union, which now has 28 member states, established the Court of Justice in Luxembourg. While the latter Court originally dealt mostly with economic issues, it was forced by a national Court, the Constitutional Court of Germany⁷², through the Solange I judgement, to establish its own human rights case-law. Without a specific legal basis for the protection of Human Rights, the Court of Justice first drew inspiration from “constitutional traditions common to the Member States”⁷³. In practice, this meant that the Luxembourg Court followed the case-law of the Strasbourg Court. This changed with the proclamation of the European Union’s Charter of Fundamental Rights in 2000 and the conversion of the Charter into binding law through the Lisbon treaty.

⁷⁰ With the exception of Belarus and Kosovo, which are not Council of Europe member States.

⁷¹ Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby, Strasbourg, 11.V.1994, Since its entry into force on 1 November 1998, this Protocol forms an integral part of the Convention (ETS No. 5).

⁷² Solange I, BVerfGE 37, 271 ff.

⁷³ Nold 4/73 [1974] ECR 491, §13

Now two Courts deal with human rights and they have two parallel human rights treaties to interpret. With the Charter a new dynamics developed. Not only the Court of Justice of the EU interprets the Charter, also national Constitutional Courts refer to it⁷⁴. The Charter contains a number of rights which do not exist in the Convention, e.g. Article 8 on data protection. However, many of the fundamental rights contained in the Charter overlap in with rights contained in the Human Rights Convention, for example the right to a fair trial of Article 6 of the European Convention is covered by Article 47 of the Charter. It is these overlapping rights, where there is a danger of divergent interpretation between the two texts. It is important to have a common standard for those.

There is no human rights crisis in the European Union, which would warrant urgent accession to the Convention⁷⁵. However, the emergence of a human rights system with two basic texts, interpreted by two separate courts, could easily lead to a divergence in protection standards and this should be avoided⁷⁶. While we should not exaggerate this problem, there is already an example of a very wide interpretation of the Fundamental Rights Charter, that, if pursued could potentially lead to divergent interpretation. In the case the judgment in *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*⁷⁷, the Court of Justice of the European Union used a very wide interpretation of the applicability of the

⁷⁴ A number of Constitutional Courts have referred to the Charter. Most active in this regard were the Constitutional Court of Austria (U466/11-18, U1836/11-13 of 14.03.2012, G 47/2012, G 59/2012, G62,70,71/2012 of 07.06.2014,66/2013 of 12.03.2014, U466/11-18, U1836/11-13 of 14.03.2012, KR 1-6, 8/00 of 12.12.2000) and the Constitutional Court of Belgium (146/2013 of 07.11.2013, 49/2011 of 06.04.2011, 103/2009 of 18.06.2009, 58/2009 of 19.03.2009, 167/2005 of 23.11.2005). Other examples are the Constitutional Courts Croatia (SuS-1/2013 of 14.11.2013), Poland (P 9/04 of 31.01.2005), Romania 967/2012 of 20.11.2012) or Spain 37/2011 or 28.03.2011, 292/2000 of 30.11.2000).

⁷⁵ Odermatt, Jed, *The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective*, KU Leuven, Working Paper No. 136 – April 2014, https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/new_series/wp131-140/wp136-odermatt.pdf (accessed 10/2014).

⁷⁶ Polakiewicz, Jörg, *Concluding remarks: Present Challenges and Future given at the Conference Fundamental Rights in Europe: A Matter for Two Courts*, Oxford Brookes University, Strasbourg, 13 June 2014, available at http://www.coe.int/en/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset_publisher/ja71RsfCQTP7/content/-fundamental-rights-in-europe-a-matter-for-two-courts-?.

⁷⁷ Case C-617/10 REC, *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*.

Convention when it held that the EU Charter applied wherever a state acts “within the scope of European law”⁷⁸.

It is also very important from the viewpoint of the individual to make it clear which human right standards he or she can rely on and which Court will have the final say in human rights matters. The member States, too, insist that the EU, to which they have devolved many competences, is bound by the same standards as they are themselves.

Finally, since Solange I, the European Union has taken up human rights as a key topic, not only within the Union – for instance with the establishment of the Fundamental Rights agency in Vienna – but also in its external relations, where often there is a conditionality between trade or accession agreements and human rights protection. In accession negotiations, now in the Balkans, with Albania, Montenegro and Serbia, the EU strongly insists on improvements in the human rights field⁷⁹.

So far, the EU has developed a reasonably well functioning system of internal control over its own activity. However, there is no external control whether the EU lives up to the standards which it promotes. In order to be credible within the Union and abroad, external control is necessary and the external body to turn to was obviously the European Court of Human Rights. Accession of the EU to the Convention can provide such control and will give the EU additional credibility in human rights matters. EU citizens will have the benefit of being able to address also an outside instance when they are of the opinion that the EU has violated their rights.

e. The solution – accession of the EU to the European Convention on Human Rights

The solution found to ensure a coherent system of human rights protection in Europe was the accession of the EU to the European Convention on Human Rights⁸⁰.

⁷⁸ Polakiewicz, Jörg, *ibid*.

⁷⁹ See conditions for EU membership at http://ec.europa.eu/enlargement/policy/conditions-membership/index_en.htm.

⁸⁰ This solution had already been envisaged before the Lisbon Treaty, but in 1996, the Court of Justice of the European Communities had found that there was not a sufficient legal basis in

The very idea of the European Union, an international organisation joining the European Convention on Human Rights, which only envisages membership for individual states is daunting⁸¹. Given that it has taken over certain competences from its member states, the European Union already had become member of other international organisations in these fields, for instance the UN Food and Agriculture Organisation or the World Trade Organisation⁸². However, accession to the European Convention on Human Rights does not follow the same logic. The EU does not have a general human rights competence. This accession follows the logic of submitting to external control in human rights matters and a specific basis need to be established on the level of the founding treaties of the EU.

Thanks to accession, the European Court of Human Rights becomes the final interpreter in human rights matters. This goal had to be approached from two sides, the European Union and the Council of Europe:

With the treaty of Lisbon, the EU introduced Article 6.2 into the Treaty on European Union (TEU), which provides that: “The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union’s competences as defined in the Treaties.” This second sentence is already an indicator of a struggle between the EU and member states, which agree to the goal of an external control of acts of the Union, but which do not wish give the EU a general competence in human rights matters, fearing that then the EU would exercise a general control of human rights also in the member states.

On the side of the Council of Europe, Protocol 14, which we have referred to above, added a paragraph 2 to Article 59 of the European Convention on Human Rights providing “The European Union may accede to this Convention.” In view of the specific purpose of accession

the treaties (Opinion 2/94 [1996] ECR I-1759). In order to pursue this goal, the Lisbon Treaty introduced such a legal basis in Article 6.2 TEU.

⁸¹ For criticism of this approach, see Schilling, Theodor, On Equal Footing: The Participation Rights Envisaged for the European Union After Its Accession to the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review*, 2014, 14, p. 197–229.

⁸² Odermatt, Jed, *ibid.*

and as foreseen by Article 6.2 of the Treaty on European Union, the European Union is to join the European Convention on Human Rights but not the Council of Europe the international organisation 'managing' the Convention and the European Court of Human Rights. This choice brought about a number of complications.

While these two provisions laid out the basis for accession, they are by no means sufficient and needed to be complemented by a specific accession agreement, which in turn will need to be followed by further changes of internal regulations in the Council of Europe and the Union.

The negotiations had to take into account the specific characteristics of the autonomous legal system of the EU, while preserving the specific features of the European Convention on Human Rights. The negotiation process leading to the Draft Accession Agreement (DAA)⁸³ took place in several fora.

The main negotiations were held in the 47+1 format, i.e. the 47 member states negotiated with the EU. Among the 47 Council members, however, 28 were members of the EU. Therefore, in practice, the 19 non-EU members had a special negotiating position. Not least because of their inferior number as compared to the EU members, they had to pool their interests and indeed they came up with a common negotiating position⁸⁴, mostly insisting on the principle of equal treatment of the EU between the EU and the other members states. However, due to the specific nature of the EU, it was very difficult to follow this principle⁸⁵.

Negotiations took also place in two other fora, first between the Strasbourg and the Luxembourg Courts, resulting in a joint communication of the two Court presidents⁸⁶. Further negotiations

⁸³ Available at [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf).

⁸⁴ Dzemzewski, Andrew, *The EU Accession to the ECHR: The Negotiation Process*, in *The EU Accession to the ECHR*, Kosta, Vasiliki / Skoutaris, Nikos / Tzevelekos, Vassilis, Oxford and Portland (2014), p. 17-28.

⁸⁵ Schilling, Theodor, *On Equal Footing: The Participation Rights Envisaged for the European Union After Its Accession to the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Law Review*, 2014, 14, p. 197-229.

⁸⁶ Joint communication from Presidents Costa and Skouris, 24 January 2011, available at http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf.

took place in the Joint Informal Body in which both the EU Parliament and the Parliamentary Assembly of the Council of Europe discussed the election of a judge of the Strasbourg Court in respect of the European Union⁸⁷.

f. Election of a judge in respect of the European Union

As a party to the Convention, the EU should have a judge at the Court, like this is the case for all other member States. Judges of the European Court of Human Rights are elected by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe. This Assembly is distinct from the European Union's European Parliament. The Assembly is composed of delegations from the national parliaments of the 47 member states of the Council of Europe, which send, depending on the size of the country, between 3 and 18 national members of Parliament four times a year to Strasbourg for the sessions of the Parliamentary Assembly.

Due to the basic choice that the European Union should join the European Convention on Human Rights but not the Council of Europe, the problem was that the EU would not be represented in the Parliamentary Assembly, which would elect its judge.

In order to overcome this problem, Article 6 of the Draft Accession Agreement provides that when the Parliamentary Assembly elects the judges in respect of the European Union, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe will be reinforced with a 48th delegation from the Union's European Parliament, of the same size as the largest member states, i.e. 18 members. This delegation will have full voting rights.

g. System of co-responsibility

Due to the nature of often concurring competences between the European Union and its member states there are many instances when an act can be attributed to both the Union and to one more

⁸⁷ Dzemzewski, Andrew, *ibid.*

of its member States, especially when EU member states implement legislation adopted by the Union.

Therefore, a mechanism had to be devised to provide for joint responsibility in such cases (Article 3 of the Draft Accession Agreement). If the application is directed against an EU member state the EU can – voluntarily – become re-responsible and when the application is directed against the EU, member States can join as co-respondent⁸⁸. It is probable that the EU will always join member States when the conditions are met⁸⁹. The mechanism of co-responsibility intervenes only when applications have already been found admissible.

When the Strasbourg Court finds a violation both the respondent and the co-respondent shall be jointly responsible, unless the Court, on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent, decides that only one of them be held responsible (Article 3.7 DAA).

The decision on whether the EU or a member State can become co-respondent lies with the European Court of Human Rights, which assesses whether it is “plausible” that the conditions for co-response have been met (Article 3.5 DAA). Even if the standard of control is deliberately low (“plausible”), the issue was discussed whether such an assessment by an external institution is compatible with the autonomy of the legal system of the Union⁹⁰. This will have to be assessed in the pending Opinion by the EU Court of Justice.

When the co-respondent mechanism is invoked and the EU Court of Justice had not yet assessed the compatibility of the challenged provision with EU legislation, “sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment” (Article 3.6 DAA). This so-called “prior involvement mechanism means in practice a privilege for the EU as compared to the other 47 member

⁸⁸ There was discussion on whether the EU and the member States have to inform each other mutually when they are a respondent in an application at the European Court of Justice. In his blog, replies to the positive, referring to the duty of sincere co-operation (Article 4.3 TEU), Johansen, Stian Oby, Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU-ECHR accession agreement (part 1 of 2) <http://obykanalen.wordpress.com/2014/05/06/some-thoughts-on-the-ecj-hearing-on-the-draft-eu-echr-accession-agreement-part-1-of-2> (accessed 10/2014).

⁸⁹ Appendix II to the Draft Accession Agreement contains a draft declaration by the EU to this effect.

⁹⁰ Johansen, Stian Oby, *ibid.*

states.⁹¹ Their Constitutional or Supreme Courts do not get a chance to assess the compatibility with their Constitution of an act before the case is brought to the Human Rights Court if they have not yet done so already.

The author is of the opinion that such a right should be introduced also for member States, which could opt that such a procedure be made available for their Constitutional and/or Supreme Courts. This would improve the quality of human rights protection at the national level in line with the Brighton Declaration. Of course, national legislation – probably on the constitutional level – would have to be adapted in order to provide for a competence for these highest courts for cases when - according to current procedural law - there is none.

h. EU participation in the Committee of Ministers - Execution of judgements by the Committee of Ministers of the Council of Europe

Another issue is the execution of judgements. According to Article 46 of the Convention, it is the Committee of Ministers of the Council of Europe, which supervises the execution of the judgements of the European Court of Human Rights. Again, all 28 member states of the European Commission are represented in the Committee of Ministers but not the European Commission, which is the ‘Government’ of the European Union. The solution found was to include an EU representative in the Committee of Ministers when it deals with issues relating to the European Court of Human, rights and notably in decision on the execution of judgements. The problem encountered here was that the EU would have some kind of double representation because it would be represented as an organization and through it 28 member states. The danger seen specially by the 19 non EU-member States as that the EU and its member States could vote ‘en bloc’ and thus systematically outvote the other States. Therefore, the Draft Accession Agreement provides for special voting rules

⁹¹ Gragl, Paul, A giant leap for European human rights? The final agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights, Common Market Law Review, Forthcoming, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2352906.

– so-called “hyper-minorities” –, which would avoid the problem of bloc-voting⁹².

i. Current status of accession procedure

Where is this procedure now? The European Commission has submitted the draft agreement to the European Court of Justice for an opinion on its conformity with the EU treaty. In May 2014, the Court of Justice of the European Union held a preparatory hearing in order to define its opinion. At this hearing, the EU institutions and the member states present were in favour of accession and the compatibility of the accession agreement with the EU treaties⁹³.

The Court of Justice will probably issue its opinion in December 2014. It is unlikely that the opinion would find the agreement fully compatible or fully incompatible with the EU treaties. More probable is some middle ground. The opinion could find the agreement compatible under specific conditions. Depending on the scope of these conditions, the adoption of internal EU rules may be sufficient or it may be necessary to re-open the negotiations on the agreement itself. There is, however, a danger that such a re-opening of the negotiations could lead to serious delays because of internal power struggles in the EU.

The author’s guess is that that the Court will find some contradiction with the Lisbon treaty, maybe relating to the provision that it is the European Court of Human Rights, which has to assess whether it is ‘plausible’ that a member State or the EU should become co-respondent (Article 3.5 DAA).

Finally, the agreement will have to be ratified by the EU and all 47 member states. De facto, this gives each member state a veto power. Implementation may thus take time. Therefore, accession will eventually happen, but internal EU Procedures, legal constraints and other obstacles, including political will from the 48 parties involved, may considerably delay the process.

⁹² Gragl, Paul, *ibid.*

⁹³ Johansen, Stian Oby, *ibid.*

The Draft Accession Agreement has to be complemented by internal Rules of the EU in order to be implemented. So far, these internal rules have not been published. The EU Commission probably prefers to wait in order to be able to integrate requirements, which could be set out in the opinion of the Court of Justice.

Even if there is no need to re-open negotiations, the entry into force of the Accession Agreement depends on the ratification by all 48 parties and this means that de fact each Council of Europe member state has a veto or at least delaying power.

IV. Conclusion

We have seen that there are some very positive developments in the human rights field in Europe. Important member States of the Council of Europe, like Turkey, have introduced an individual complaint with the explicit purpose to settle human rights issues on the national level and to reduce the high number of cases at the Strasbourg Court. Such individual complaints have to be designed in a way that makes them an effective remedy which has to be exhausted before a case can be brought before the European Court of Human Rights.

The most efficient remedy – according to Article 35 of the Convention by the European Court of Human Rights – is the full constitutional complaint, which allows challenging also unconstitutional individual acts. Countries, which have such a full individual complaint, like Germany or Spain, have significantly lower levels of condemnation by the Strasbourg Court than those with normative complaints⁹⁴.

The introduction of a full constitutional complaint is therefore an efficient means of human rights protection. At the same time it reduces the work-load of the European Court of Human Rights. Therefore, the Venice Commission recommends the introduction of full constitutional complaints in countries, which already have a normative complaint, like Ukraine, in countries which have a preliminary request to the

⁹⁴ CDL-AD(2010)039rev, paragraph 5.

Constitutional court, like was the case in Turkey and in countries, which have no individual access at all, like in Bulgaria.⁹⁵

The other positive development is the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. This accession will eventually ensure that in Europe there will be a coherent system of human rights protection.

However, we have to see these positive steps also in the context of serious conflicts between the European Court of Human Rights and some of its member states. Due to conflict between the Court and Russia the entry into force of Protocol 14 was delayed. The reason for this conflict are several judgements, which have displeased the Russian authorities, starting with *Ilaşcu v. Moldova and Russia*⁹⁶ where Russia was held responsible for the acts of the *de facto* authorities in another country, in the region of Transnistria in Moldova. Even more resented was the *Kononov v. Latvia* judgement⁹⁷. Russia was not even a party in these proceedings but the European Court of Human Rights found no violation of the Convention when Latvia sentenced Mr Kononov for war crimes, which he committed as communist partisan in 1944.

Another - even more serious - conflict opposes the United Kingdom to the European Court of Human Rights. In the case *Hirst v. UK*, the European Court held that the UK violated the Convention when it denied all prisoners without distinction the right to vote⁹⁸. This judgement has not been implemented in the UK and – probably to avoid outright conflict – the Committee of Ministers postponed this execution to 2015⁹⁹. In the general public, another judgement was even more contentious, *Abu Qatader vs. UK*, where the Court prevented expulsion of an Islamist hate preacher to Jordan because of the danger that he might be tortured in Jordan. This discussion is

⁹⁵ Opinion on the Constitution of Bulgaria adopted by the Venice Commission at its 74th Plenary Session (Venice, 14-15 March 2008), CDL-AD(2008)009, paragraph 88.

⁹⁶ ECTHR, *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, no. 48787/99.

⁹⁷ ECTHR, *Kononov v. Latvia*, no. 36376/04; On this point see Vermin, J, *Crossing the line*, Russian Law Online, <http://www.russianlawonline.com/content/crossing-line>.

⁹⁸ For arguments for and against implementation, presented to the House of Lords, *European Court of Human Rights rulings: are there options for governments?*, Vaughne Miller, International Affairs and Defence Section, House of Lords Library, Standard Note SN/IA/5941.

⁹⁹ Decision adopted by the Committee of Ministers at the 1208th meeting (23 25 September 2014), http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/reports/pendingcases_EN.asp?CaseTitleOrNumber=hirst&StateCode=UK.&SectionCode.

no longer limited to tabloids but also the UK Government wants to adopt a human rights bill, which would break the formal link between British courts and the European Court of Human Rights¹⁰⁰. The issue whether the United Kingdom should leave the European Convention on Human Rights is seriously considered in Parliament¹⁰¹.

Worrying is that even in Switzerland a wave of resentment against the European Court of Human Rights has built up, especially on the right wing of the political spectrum. This may be related to the traditional Swiss insistence on its independence and the rejection of the idea of “foreign judges”. While it is unlikely that Switzerland would leave the European Convention on Human Rights, such discussions probably contributed to the insistence of Switzerland on ‘subsidiarity’ in the process of reform of the Court¹⁰².

We have seen that multi-level human rights protection is a complex system where many players interact. In order to keep this system both coherent and efficient two positive trends can be observed: a reinforcement of effective remedies on the national level and the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, which will prevent the danger of a diverging interpretation of human rights.

Notwithstanding his serious illness, Prof Jean-Claude Colliard remained an active member of the Venice Commission until he passed away. With him, the Venice Commission lost one of its pillars.

¹⁰⁰ Conservatives plan to scrap Human Rights Act – read the full document <http://www.theguardian.com/politics/interactive/2014/oct/03/conservatives-human-rights-act-full-document>.

¹⁰¹ Theresa May: Tories to consider leaving European Convention on Human Rights: <http://www.bbc.com/news/uk-politics-21726612>; see also arguments presented by Vaughne Miller, International Affairs and Defence Section, House of Lords Library, Standard Note SN/LA/6577

¹⁰² Swiss Parliament: 13.3237 – Interpellation, *Kündigung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20133237; *La Suisse sera plus isolée si elle dénonce la Convention*, interview with Prof. Walter Kälin, <http://www.tdg.ch/suisse/La-Suisse-sera-encore-plus-isolee-si-elle-denonce-la-Convention/story/22597456/print.html>; Bundesrat vehement gegen Kündigung der Menschenrechtskonvention, <http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/bundesrat-vehement-gegen-kuendigung-der-menschenrechtskonvention-1.18082582>.

Protección de los derechos políticos en el sistema interamericano

J. Jesús Orozco Henríquez*

*A Jean-Claude Colliard,
ilustre e infatigable defensor de los derechos políticos.*

En el marco de la tercera ola democratizadora¹ y de la entrada en vigor en 1978 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),² fue relevante la función desempeñada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) frente a diversos regímenes latinoamericanos autoritarios o insuficientemente democráticos, tanto por medio de sus informes anuales y de país como, a partir de 1990 y según se analizará, mediante el sistema de peticiones y casos. Esto último abrió también la posibilidad de que los casos llegaran al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), tratándose de los países que hubieran reconocido su jurisdicción, con lo que se generó una importante jurisprudencia interamericana acerca de derechos político-electorales que ha contribuido a los procesos de transición y consolidación democrática de la región.

* Investigador titular “B” en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Integrante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Vid. Samuel Huntington, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, London, Norman, 1991.

² Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; entró en vigor al haber sido ratificada por el undécimo país miembro de la Organización de Estados Americanos.

Sistema interamericano de derechos humanos y normativa de derechos político-electorales

A la fecha, son 23 los países parte de la CADH, 20 de los cuales han reconocido la jurisdicción de la Corte IDH, es decir, todos los latinoamericanos,³ con excepción de Cuba, que jamás la ha suscrito, y de Venezuela,⁴ cuya lamentable denuncia de la Convención surtió efectos el 10 de septiembre de 2013, más Barbados y Surinam.

Sin duda, uno de los principales desafíos del sistema interamericano es su universalización, por lo que se aspira a que en un futuro próximo los 35 países miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) ratifiquen, se adhieran o se reincorporen no sólo a la CADH, sino a todos los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos. De hecho, hasta mayo de 2013, sólo 7 países habían ratificado los 7 instrumentos interamericanos entonces vigentes⁵ —todos esos países son latinoamericanos: Argentina, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay y Uruguay—, sin tener en cuenta los 2 nuevos instrumentos aprobados en la Asamblea General de junio de ese año,⁶ de ser así sólo se consideraría a Argentina, Ecuador y Uruguay. Si se toma en cuenta el universo de potenciales ratificaciones o adherencias a la totalidad de instrumentos interamericanos de derechos humanos por parte de los países miembro de la OEA, no se llega ni a la mitad.

³ Éstos son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.

⁴ De acuerdo con el artículo 78, párrafo 2, de la CADH: “Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”.

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

⁶ Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia y Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.

En todo caso, es importante tener presente que mientras la CIDH, al ser un órgano de la OEA, posee competencia respecto de los 35 países miembro de ésta, la Corte IDH es competente respecto de los países parte de la CADH que, además, han reconocido su jurisdicción. En este sentido, la Comisión ejerce sus atribuciones, tanto de promoción y monitoreo como de resolución de peticiones y casos por presuntas violaciones a los derechos humanos de sus habitantes, respecto de los 35 países miembro de la OEA, con independencia de que no hayan ratificado ni se hayan adherido a la Convención o de que la hayan denunciado, para cuyo efecto tiene como marco en estos países la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y el *corpus iuris* derivado de la costumbre internacional que le da sustento.⁷

El artículo 23 de la CADH establece los derechos políticos y, al efecto, expresamente prescribe que:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos;
 - b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

⁷ Tanto la CIDH como la Corte IDH han establecido que, a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre constituye una fuente de obligaciones internacionales para los estados miembro de la OEA (*vid.* CIDH, Resolución No. 3/87, caso 9647, James Terry Roach y Jay Pinkerton, Estados Unidos de América, *Informe Anual 1986-1987*, 22 de septiembre de 1987, párrs. 46-9; CIDH, Informe No. 51/01, caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra, Estados Unidos de América, *Informe Anual 2000*, 4 de abril de 2001; Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A, No. 10, párrs. 35-45. Asimismo, *vid.* el artículo 20 del Estatuto de la CIDH, aprobado por la Asamblea General de la OEA a propuesta de la CIDH.

Es conveniente tener presente que el artículo 29, inciso d, de la propia Convención precisa que ninguna de sus disposiciones

puede ser interpretada en el sentido de [...] excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Al respecto, el artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸ puntualiza lo siguiente:

Toda persona, legalmente capacitada, tiene derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.⁹

Por su parte, el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana de 2001¹⁰ establece que:

[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Entre las disposiciones de instrumentos internacionales de la misma naturaleza que es pertinente tener presentes para la interpretación de los preceptos anteriores, en términos del invocado artículo 29, inciso d, de la CADH, cabe mencionar las siguientes de las Naciones Unidas:

⁸ Aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en abril de 1948, fue la primera declaración de su género en expedirse, toda vez que se anticipó a la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

⁹ Por su parte, el artículo XXXII de la propia Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre prevé que "Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello".

¹⁰ La Carta Democrática Interamericana fue aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001.

artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948;¹¹ artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966;¹² artículo 5, inciso c, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; artículo 7 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979; artículos I, II y III de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1952; artículo 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; así como los artículos 2 y 3 de la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.¹³

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su labor de monitoreo de la situación de los derechos humanos hasta la década de 1980

A diferencia de los regímenes que prevalecían en 1978, cuando entró en vigor la CADH y comenzó la tercera ola democrática, y cuando tan sólo 3 países de Latinoamérica eran considerados auténticamente democráticos, de acuerdo con el Informe del Programa de las Naciones

¹¹ 1) Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos; 2) Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país; 3) La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

¹² Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2 y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

¹³ Entre los instrumentos regionales equivalentes, cabe tener presentes los artículos 3 del Protocolo No. 1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950, así como el 13 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Carta de Banjul, de 1981.

Unidas para el Desarrollo sobre la Democracia en el Subcontinente,¹⁴ es viable considerar que, en la actualidad, los 17 países del territorio continental y la República Dominicana cumplen en términos generales con las características básicas del régimen democrático, al menos en su dimensión electoral y política.

Aun cuando los correspondientes procesos de transición y consolidación democrática en los distintos países del subcontinente son resultado, en gran medida, de las decisiones de los propios estados y de las exigencias, acciones y movilizaciones de los pueblos que los conforman y los respectivos partidos y otras fuerzas políticas, así como de la sociedad civil, incluidas distintas organizaciones no gubernamentales comprometidas con la defensa de los derechos humanos y la democracia, un factor que también ha influido es la contribución de los órganos interamericanos.

En particular, fue relevante la función desempeñada por la CIDH frente a diversos regímenes latinoamericanos autoritarios o insuficientemente democráticos. Digna de mencionar también es la función de apoyo y acompañamiento realizada por el Centro de Asesoría y Promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Dirección para América Latina del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral en varios de esos procesos de transición y consolidación democrática en los países de la región.

Por lo que se refiere a la CIDH, en una primera etapa, desde su instalación en 1960 y hasta fines de la década de 1980, su contribución fue por medio del monitoreo de la situación de los derechos humanos en la región, mediante sus informes anuales y de país (luego de su primera visita a República Dominicana en 1961, la Comisión ha realizado 94 visitas para observaciones *in loco* a 23 estados miembro; la última fue en diciembre de 2014 a Honduras, la del año anterior fue a República Dominicana y la de hace dos años a Colombia); asimismo, en una segunda etapa, a partir de 1990 —según se analizará—, la contribución de la CIDH a los procesos de democratización ha sido mediante la propia labor de monitoreo y, destacadamente, por medio del sistema de peticiones y casos.

¹⁴ Cfr. PNUD, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, 2ª ed., Buenos Aires, Aguilar, 2004, p. 26.

Con motivo de los informes anuales de la Comisión de 1982-1983, 1983-1984, 1986-1987 y 1987-1988, así como de los informes de la situación de los derechos humanos en El Salvador, en 1978; Cuba, en 1983; Chile, en 1985, y Panamá, en 1989; además del Informe Especial sobre Paraguay en 1987, la CIDH formuló diversos pronunciamientos con relación a esos países y algunos otros, como Haití y Nicaragua, y sostuvo que diversos comicios realizados en los respectivos países no podían considerarse libres y auténticos; además señaló que la autenticidad de las elecciones abarcaba dos categorías diferentes de fenómenos: los referidos a las condiciones generales en que el proceso electoral se desarrolla y los vinculados con el sistema legal e institucional que organiza las elecciones y ejecuta las acciones propias del acto electoral, es decir, lo relacionado de manera directa e inmediata con la emisión del voto.

Condiciones generales para el desarrollo del proceso electoral

Fue así como la Comisión, recurrentemente, advirtió en los citados informes anuales o de país que la autenticidad de las elecciones exige la existencia de condiciones equitativas para la competencia electoral y cuestionó severamente los casos en que apreció alguna ventaja legal o, en la práctica, favoritismo de servidores públicos para el partido en el gobierno o alguna fuerza política, el control directo o indirecto de los medios de comunicación y cuando los comicios se llegaron a realizar en un ambiente de restricciones a las libertades públicas, temor, inseguridad y persecución de líderes de la oposición u obstáculos para el ejercicio de sus derechos o, incluso, en estados de excepción constitucional.

Organización de las elecciones y votación

En cuanto a la organización del proceso electoral y la emisión y recepción de la votación, la CIDH también formuló numerosos pronunciamientos en los referidos informes anuales o de país:

- 1) Cuestionando aquellos regímenes en los que apreció un escepticismo generalizado entre la ciudadanía en relación con el derecho de sufragio y la desconfianza de los partidos políticos de oposición en

cuanto a la posibilidad de tener elecciones libres y puras, no sólo a la luz de experiencias concretas, sino a partir de la estructura legal del sistema electoral y de los obstáculos que encontraban los partidos para organizarse.

- 2) Cuestionando los mecanismos de control del gobierno y su partido de los mecanismos electorales; el enfrentamiento entre la autoridad electoral y los órganos de gobierno; la ausencia de garantías de imparcialidad del órgano encargado de organizar los comicios (por el eventual control por parte del gobierno, un partido político o las fuerzas militares) o para el establecimiento de un registro electoral auténtico; la composición de los tribunales electorales y sus facultades; la existencia de boletas electorales comprensibles y carentes de influencia en el elector, y la adecuada emisión del voto o de su recuento correcto.
- 3) Recomendando a algún gobierno en particular la reforma legal de su sistema electoral, la reorganización de la autoridad electoral o el establecimiento de medios jurisdiccionales de impugnación.

En cuanto al sistema de peticiones y casos, de especial relevancia fueron los informes de fondo 01/90¹⁵ y 08/91 —relacionados con diversos comicios celebrados en distintas entidades federativas de México—, pues se evidenció la decisión de la CIDH de analizar, a partir de entonces, la adecuación de los regímenes y procesos electorales de los países miembro de la OEA a los estándares interamericanos no sólo por medio de sus informes anuales, temáticos y de país, sino también mediante el sistema de peticiones y casos.

En efecto, la Comisión ha reiterado que

está facultada para verificar, con relación a estos derechos políticos, si la realización de elecciones periódicas, auténticas, con sufragio universal, igual y secreto, se producen en un marco de garantías necesarias para que los resultados representen la voluntad popular, incluida la posibilidad de que los electores puedan, si fuere el caso, recurrir efectivamente contra un proceso electoral que consideran viciado, defectuoso e irregular o que desconoce o puede desconocer el derecho

¹⁵ CIDH, Informe de fondo 01/90, relacionado con los casos 9768, 9780 y 9828, México, 17 de mayo de 1990, párs. 48 y ss.

de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.¹⁶

Evidentemente, la posibilidad de que la CIDH evalúe si determinado proceso electoral fue auténtico o no y, en general, si se adecuó o no a los estándares interamericanos, ha abierto también la puerta a que eventualmente el caso respectivo se someta a la consideración de la Corte IDH, con lo que se ha generado jurisprudencia interamericana relevante acerca de derechos político-electorales.

Aun cuando no siempre ha habido referencias explícitas en los correspondientes procesos legislativos de reforma electoral en los países de la región, es posible afirmar que los criterios sostenidos por los órganos interamericanos en materia de derechos político-electorales han sido un referente constante en tales procesos de reforma.

Margen de regulación nacional en materia electoral

Es importante advertir que, de acuerdo con lo sostenido por la Corte IDH en la sentencia del caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, existe un margen de regulación nacional en materia electoral:

[e]l sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos.¹⁷

¹⁶ CIDH, Informe de fondo No. 137/99, Andrés Aylwin Azócar y otros, Chile, 27 de diciembre de 1999, párr. 47.

¹⁷ Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C Núm. 184, párr. 166. Desde la sentencia recaída en el caso *Yatama*, la Corte había sostenido que “la Convención

De lo anterior es posible derivar que el derecho político-electoral a votar o a ser elegido es un derecho humano o fundamental de base convencional, pero de configuración estatal (algo similar, pero no idéntico, al llamado margen de apreciación nacional, que se ha desarrollado en el sistema regional europeo de los derechos humanos). En efecto, hay una variedad de sistemas electorales en el mundo, pues no hay fórmulas únicas para ejercer los derechos político-electorales; corresponde a los estados seleccionar, diseñar y regular su propio sistema electoral.

Como lo había establecido la Corte IDH desde el caso Yatama, la previsión y aplicación de requisitos para ejercer los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Estos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Sin embargo, como la propia Corte advirtió en la sentencia del caso Castañeda:

la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional sino está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que, de no ser respetadas, transforma la restricción en indebida o ilegítima y contraria a la Convención Americana.¹⁸

Al efecto, la Corte IDH ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la CADH. En este sentido, en cada caso particular, la Corte debe avocarse a analizar si la reglamentación respectiva cumple con los requisitos de legalidad: está dirigida a cumplir con una finalidad legítima; es necesaria en una sociedad democrática (esto es, si satisface una necesidad social o un interés público imperativo)

Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos. La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo con los principios de la democracia representativa” (Corte IDH, caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C Núm. 127, pág. 207).

¹⁸ Corte IDH, caso Castañeda, *cit. supra* nota 15, pág. 174.

y proporcional; asimismo, en el supuesto de que haya alternativas, debe optarse por la que restrinja en menor grado el derecho fundamental protegido; además, debe ajustarse estrechamente al logro del objetivo legítimo. En términos generales, debe ponderarse si es razonable de acuerdo con los principios de la democracia representativa.

Derecho a un recurso efectivo en materia electoral, incluyendo la posibilidad del control jurisdiccional de la constitucionalidad

Entre los casos en que la CIDH consideró alguna omisión legislativa violatoria de la CADH, cabe mencionar su Informe de fondo 01/90, en el cual concluyó que hacia mediados de la década de 1980 la legislación de México relativa a las entidades federativas de Chihuahua, Durango y Nuevo León no disponía de los medios adecuados o de un recurso sencillo y rápido o de “cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, independientes e imparciales” que ampararan a quienes recurrieran contra “actos que violen sus derechos fundamentales”, como son los derechos políticos, toda vez que en ese entonces tales estados todavía preveían únicamente un contencioso electoral de naturaleza política ante el respectivo congreso estatal —que era el competente para calificar las elecciones locales— sin contemplar medios de impugnación jurisdiccional alguna, razón por la cual no atendían a lo exigido en el artículo 25 de la Convención.

Por tanto, recomendó hacer presente al gobierno de México su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la CADH, ya fueran medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que la Convención reconoce, si bien la CIDH manifestó que para cuando resolvió los referidos casos había sido informada de la existencia de un activo proceso de reforma de la legislación electoral en tal sentido¹⁹ (recuérdese que para finales de

¹⁹ CIDH, Informe de fondo 01/90, *supra*, nota 13, párs. 48 y ss.

la década de 1980 ya se habían establecido sendos tribunales electorales en el ámbito federal y en varias entidades federativas de México).²⁰

Por otra parte, en la invocada sentencia del caso Castañeda, después de estimar que el sistema de registro de candidaturas para presidente de la República a cargo de partidos políticos en México no constituía una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido —previsto en el artículo 23 de la CADH—, tal y como lo había sostenido la propia CIDH en el mismo caso de México, la Corte IDH sí condenó al Estado, exclusivamente, al pago de costas, por no contemplar, en aquel entonces, un recurso efectivo ante un tribunal independiente e imparcial por medio del cual el peticionario hubiera podido plantear que se invalidara o, al menos, no se aplicara en el caso concreto la norma legal que estimaba violatoria de su derecho político-electoral fundamental a ser votado.²¹

De lo anterior, cabe desprender que los diversos estados miembro de la OEA deben contemplar instrumentos específicos accesibles a cualquier persona para el ejercicio de un control jurisdiccional de la constitucionalidad e, incluso, de la convencionalidad de normas legales electorales, lo cual no es común en los sistemas de justicia electoral latinoamericanos, por lo que deberán llevarse a cabo reformas en varios de ellos en tal sentido.

²⁰ Vid. Orozco Henríquez, J. Jesús, *El contencioso electoral en las entidades federativas de México*, tesis doctoral, México, UNAM, 2009, pp. 203-20.

²¹ Vid. Corte IDH, caso Castañeda Gutman, *cit. supra* nota 15. Cabe señalar que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación durante un tiempo sí consideró que contaba con atribuciones para desaplicar en casos concretos normas legales presuntamente inconstitucionales; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver en 2002 la contradicción de tesis 01/2000 llegó a una conclusión distinta que propició que en México dejara de haber instrumentos procesales que permitieran a los ciudadanos proteger sus derechos político-electorales fundamentales frente a normas legales que pretendieran limitarlos (*vid.* Orozco Henríquez, J. Jesús, “La contradicción de tesis 2/2000 y el sistema mexicano de justicia electoral”, en *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, UNAM, 2006, pp. 99-114). Finalmente, según reforma constitucional de 2007, se estableció expresamente la competencia de las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación acerca del particular.

Derecho a elegir representantes legislativos

En el Informe de fondo 137/99, relativo a una petición en la que se alegaba que la figura de los senadores vitalicios (general Augusto Pinochet) y designados, establecida en el artículo 45 de la Constitución chilena, representaba una limitación irrazonable e inaceptable que alteraba la esencia misma de la democracia representativa, la CIDH consideró que

el establecimiento de un grupo de senadores —copartícipes en la elaboración de las leyes— que no son elegidos por el soberano, sino que más bien son designados de entre listas de origen corporativo por determinados órganos del poder público, alguno de ellos completamente ajenos a la elección popular, resulta violatorio del derecho a la participación política universal e igual.²²

Asimismo, en el Informe de fondo 98/03, relativo al caso *Statehood Solidarity Committee vs. Estados Unidos de América*, la CIDH analizó la situación de las personas que viven en el distrito de Columbia, quienes, si bien reúnen los requisitos para votar en las elecciones federales y pueden votar para presidente de Estados Unidos, no pueden elegir a miembros de la Cámara de Representantes ni del Senado. Al efecto, la Comisión tuvo como referencia los derechos políticos contemplados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, toda vez que Estados Unidos, si bien es miembro de la OEA, no es parte de la CADH, y concluyó que

las restricciones del derecho de los peticionarios consagrado en el artículo XX a participar en su legislativo nacional ha sido limitado de tal manera que [les] priva [...] de la esencia y eficacia mismas de ese derecho, sin adecuada justificación de parte del Estado para esta restricción.²³

²² CIDH, Informe de fondo No. 137/99, Andrés Aylwin Azócar y otros, *supra* nota 14, párs. 64-5.

²³ CIDH, Informe de fondo 98/03, *Statehood Solidarity Committee, Estados Unidos de América*, 29 de diciembre de 2003, pár. 101.

Derecho a acceder a cargos públicos de elección popular en condiciones de igualdad

Participación política de la mujer

Adicionalmente, en un informe temático de 1999 (recogido en el anual del mismo año), la CIDH concluyó que las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer eran no sólo compatibles con los principios de igualdad y no discriminación, sino que podrían ser requeridas, incluso, de manera ampliada, para lograr la igualdad sustancial de oportunidades, lo cual es prioritario en este hemisferio:

[...] mientras las constituciones de nuestra región garantizan la igualdad entre la mujer y el hombre, la mujer sigue teniendo una representación minoritaria en virtualmente todos los aspectos de la vida política. Tampoco es cierto que las leyes y políticas neutrales en materia de género necesariamente producen resultados neutrales en materia de género. En consecuencia, los instrumentos y las políticas adoptados tanto a nivel regional como universal requieren de la adopción de medidas especiales, cuando sea necesario, para promover la igualdad de acceso de la mujer a la participación en la vida pública. El objetivo de brindar a la mujer una igualdad efectiva de acceso a la participación en la vida pública es, evidentemente, en sí y de por sí, un objetivo legítimo y necesario. Por ello [...] “[l]a representación minoritaria de la mujer en el gobierno en todos los países de las Américas demuestra la necesidad de acciones adicionales por parte del Estado, juntamente con iniciativas de la sociedad civil, para lograr un verdadero respeto al derecho de la mujer de participar en la vida política, en cumplimiento de las normas internacionales.”²⁴

²⁴ Vid. CIDH, Informe Anual 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13 de abril de 2000, sección de estudios especiales “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”.

Participación política en comunidades indígenas y étnicas

El caso paradigmático es el Yatama (relativo a la resolución del Consejo Supremo Electoral de Nicaragua en el 2000, por la cual excluyó de participar en las elecciones municipales en comunidades indígenas a los candidatos postulados por la organización indígena conocida como Yatama), en cuya sentencia la Corte IDH reiteró que es indispensable que el Estado de Nicaragua genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.²⁵

Al efecto, la Corte IDH recordó que de conformidad con los artículos 23 y 24, así como 1.1 y 2, de la CADH, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos y adoptar las medidas necesarias para asegurar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales. De ahí, la Corte concluyó que la restricción de participar mediante un partido político había impuesto a los candidatos propuestos por Yatama una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, por lo cual estimó que, tomando en cuenta las circunstancias del respectivo caso, las cuales no eran necesariamente asimilables a otro tipo de agrupaciones en otras sociedades, constituía una restricción indebida e innecesaria al ejercicio de un derecho político.²⁶

Candidaturas independientes

En el invocado caso Castañeda, en que se había cuestionado la convencionalidad del llamado monopolio de los partidos políticos para postular candidatos en las elecciones presidenciales previsto en la legislación electoral mexicana, la Corte IDH concluyó que

²⁵ Cfr. Corte IDH, caso Yatama, *cit. supra* nota 27, párs. 2 y 195.

²⁶ Cfr. Corte IDH, caso Castañeda Gutman, *cit. supra* nota 27, párs. 201, 217 y 219.

ambos sistemas —uno construido sobre la base exclusiva de partidos políticos y otro que admite también candidaturas independientes—, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales.

Sin embargo, la Corte reconoció la crisis por la que atraviesan los partidos políticos, por lo que consideró imperativo un debate acerca de la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en el que los estados ponderen, de acuerdo con su desarrollo histórico y político, las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, estimando que las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros.

En consecuencia, la Corte IDH concluyó que el sistema de registro de candidaturas a cargo de partidos políticos no constituía, por sí mismo, una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23 de la CADH, tal y como lo había sostenido la propia CIDH en el caso de México.

Sin embargo, el hecho de que se considerara que el régimen exclusivo de partidos políticos para el registro de candidaturas presidenciales en México no violaba la Convención no implica que los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad establecidos por la Corte necesariamente conduzcan a la misma conclusión en otros sistemas electorales presidenciales, ya no se diga por lo que se refiere a elecciones legislativas o municipales en éste o los demás países.

Libertad de expresión en el marco de una campaña electoral

La Corte IDH consideró importante resaltar que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones —individual y social— constituyen un bastión fundamental para el debate, debido a que se transforman en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalecen la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforman en un auténtico instrumento

de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.²⁷

La Corte IDH recordó que, según ha establecido, es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios o a otras personas que ejercen funciones de naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13, párrafo 2, de la CADH, de un margen de apertura a un debate amplio acerca de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Este mismo criterio se aplica —insistió la Corte— respecto de las opiniones o declaraciones de interés público que se viertan en relación con una persona que se postule como candidato a la presidencia de la República, la cual se somete voluntariamente al escrutinio público, así como en cuanto a asuntos de interés público en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide en el funcionamiento del Estado, afecta intereses o derechos generales o le acarrea consecuencias importantes.²⁸

De este modo, concluyó la Corte, tratándose de funcionarios, de personas que ejercen funciones de naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, en consecuencia, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la del debate público. En este sentido, en el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares.²⁹

²⁷ Cfr. caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004, pár. 88.

²⁸ Cfr. *ibidem*, párs. 92 y 99.

²⁹ Cfr. *ibidem*, pár. 103.

Suspensión de derechos políticos por causa penal o determinación administrativa

La Corte IDH resolvió el caso de Leopoldo López Mendoza, quien había alegado, entre otras violaciones, la restricción indebida a sus derechos políticos en virtud de que, siendo alcalde del municipio de Chacao, Estado Miranda, de Venezuela, fue inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos mediante dos sanciones administrativas sin que mediara proceso ni condena penal firme en su contra —como lo exige el párrafo 2 del artículo 23 de la CADH—, con lo que se le impidió postularse para participar en las elecciones para alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas.³⁰

La Corte sostuvo que: “En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos, está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido”.³¹ En consecuencia, en la sección de reparación y a fin de restituir a la víctima en el goce de sus derechos violados, la Corte declaró que

el Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad.³²

³⁰ Corte IDH, caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2011, pár. 107.

³¹ Cfr. *ibidem*, pár. 108.

³² Cfr. *ibidem*, pár. 217.

Vulneración de derechos políticos por violación a otros derechos

Ante un cambio de criterio de lo que había sostenido en el caso Escué Zapata,³³ a partir de 2010, la Corte IDH ha sostenido que se actualiza la violación específica también de los derechos políticos previstos en el artículo 23 de la CADH en los casos en los que se compruebe que hubo móviles políticos para la violación al derecho a la vida de militantes y líderes políticos.

Así, en el caso de la ejecución extrajudicial del senador de oposición Manuel Cepeda Vargas, la Corte sostuvo que el artículo 16 de la Convención protege el derecho de asociarse con fines políticos, por lo que una afectación al derecho a la vida o a la integridad personal atribuible al Estado podría generar, a su vez, una violación al artículo 16.1 de la Convención, cuando haya sido motivada en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de asociación de la víctima. Asimismo, al concluir que también se violaba el artículo 23 del mismo documento, la Corte hizo referencia al quebrantamiento de las reglas de juego democrático con motivo de las amenazas y la desprotección deliberada que enfrentó el senador Cepeda Vargas, derivadas de su participación en los espacios democráticos a los que tenía acceso, considerando que la ejecución extrajudicial de un oponente por razones políticas no sólo implica la violación de diversos derechos humanos, sino que atenta contra los principios en que se fundamenta el Estado de Derecho y vulnera directamente el régimen democrático, por lo que es posible considerar que “las afectaciones a los derechos del señor Cepeda tuvieron efectos amedrentadores e intimidatorios para la colectividad de personas que militaban en su partido político o simpatizaban con su ideario”.³⁴

En la medida en que los órganos jurisdiccionales nacionales (en específico, los tribunales electorales de los países latinoamericanos) observen y den plena vigencia a la jurisprudencia interamericana en

³³ Corte IDH, caso Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007, párs. 122 y 123.

³⁴ Corte IDH, caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010, párs. 177 y 178.

materia electoral, no sólo cumplirán con las obligaciones internacionales asumidas por el país respectivo, sino que ampliarán el ámbito y la vigencia de los derechos humanos de sus ciudadanas y ciudadanos, con lo que se propiciará que los organismos internacionales y, en particular, los interamericanos (la CIDH y la Corte IDH) asuman un papel subsidiario y complementario de los órganos nacionales, toda vez que son estos últimos los principales garantes de los derechos humanos establecidos tanto en el ámbito interno como en la CADH, a fin de generar su protección efectiva y salvaguardar la dignidad de la persona, eje rector, razón toral y valor fundamental de todo Estado constitucional democrático de derecho, así como del sistema interamericano de derechos humanos.

Transparencia y Estado de Derecho como condición previa para un desarrollo equitativo y sostenible*

Jacqueline Peschard**

Transparencia y Estado de Derecho como instrumentos de desarrollo

En 1999, en su famoso libro *Desarrollo y libertad*, el indio Amartya Sen (1999), Premio Nobel de Economía en 1998, afirmó que la transparencia es una importante categoría de libertades instrumentales, las cuales son fundamentales para el desarrollo, ya que contribuyen a mejorar las capacidades de las personas y complementan el ejercicio de las libertades fundamentales. Ésta fue la original manera en que Sen conceptualizó el desarrollo como algo totalmente dependiente de la agencia libre de las personas. Para él, “Las libertades no sólo son el fin principal del desarrollo, sino que se encuentran, además, entre sus principales medios” (Sen 1999, 28). “[Las] libertades y derechos *también* contribuyen muy eficazmente al progreso económico” (Sen 1999, 22).

La identificación de la transparencia como una libertad fundamental no significaba que era menos importante que las sustantivas —como la libertad de la participación política, la oportunidad de recibir educación básica o atención médica, entre otras—, pues cruza de manera

* Conferencia dictada durante el “Cuarto Taller Intercultural sobre Democracia”, Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), el jueves 9 de octubre de 2014.

** Doctora en Ciencias Sociales. Profesora titular “A” del Centro de Estudios Políticos y coordinadora del Seminario Universitario de Transparencia, UNAM.

transversal todas las demás libertades, haciéndolas más coherentes y sólidas, como elementos constitutivos del desarrollo.

De acuerdo con el informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1987, el desarrollo sostenible cumple las necesidades actuales sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para cubrir sus propias necesidades. Debe haber un equilibrio sutil entre los objetivos actuales de la vida social, económica y ambiental y las decisiones que se toman para cumplirlos. Hay que considerar las consecuencias que tendrán en el futuro. La gobernanza del desarrollo sostenible no puede realizarse sin la participación de una pluralidad de actores y métodos, que van desde organizaciones de la sociedad civil transnacional hasta los pueblos indígenas (ONU 2006).

En otros términos, el desarrollo sostenible demanda un nuevo tipo de relación entre el gobierno y los ciudadanos, en la que éstos se conviertan en sujetos activos y críticos en el proceso de definición de las políticas públicas, que es cuando la transparencia desempeña un papel importante.

Durante los últimos 20 años, el concepto de transparencia ha sido reconocido en el ámbito mundial como una precondition de la gobernanza democrática. La transparencia y el acceso a la información pública complementan el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de noviembre de 1969:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (OEA 1969).

La transparencia ha sido asociada con la legalidad, es una forma privilegiada para combatir la corrupción y premisa fundamental para lograr la rendición de cuentas. Es un insumo de organización que ayuda a mejorar las decisiones internas y los procesos de la administración pública, así como un mecanismo efectivo para promover la competitividad, la democracia y el Estado de Derecho.

El fundamento del Estado de Derecho es que el Estado debe cumplir con una serie de normas aprobadas adecuadamente por una autoridad competente. Sin embargo, esto no es más que una concepción formal que no toma en cuenta los contenidos específicos del marco jurídico.

Joseph Raz, un reconocido profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford, argumenta que el Estado de Derecho va más allá de la idea de que el gobierno debe estar sujeto al orden jurídico. Es un ideal político, una virtud pública, y para lograrla, el sistema jurídico debe cumplir con una serie de principios relativos tanto a los contenidos específicos de la ley como a los mecanismos judiciales que permitan implementarlos (Carbonell 2002).

Un concepto sustantivo de Estado de Derecho debe traducir los valores éticos (libertad, igualdad y justicia) y los políticos (participación en las decisiones públicas) en un marco jurídico específico, que es el fundamento de la legitimidad democrática. El Estado de Derecho debe alcanzar un equilibrio perfecto entre el derecho y la justicia. Elías Díaz, un constitucionalista español, afirma que el Estado de Derecho es la institucionalización jurídica de la democracia (Carbonell 2002).

La transparencia es una característica de la actuación del gobierno basado en el imperio de la ley, y eso significa que la información del gobierno (archivos, documentos, informes almacenados en papel y electrónicamente) pertenece al pueblo y no a los funcionarios que la elaboran y la archivan. En realidad, los funcionarios deben asegurarse de que los documentos oficiales están bien conservados en los archivos y ordenados, a fin de tenerlos listos cada vez que alguien los requiera.

La transparencia permite tener un control público de la actividad gubernamental, y una función pública de mayor calidad y eficacia, ya que la disponibilidad de los documentos ayuda para aprender de decisiones anteriores que han demostrado tener éxito o para evitar la repetición de errores anteriores. Promueve la rendición de cuentas del Estado y la capacidad de respuesta; es un primer paso para prevenir la corrupción, que ha demostrado ser el principal obstáculo para conseguir el Estado de Derecho.

La transparencia se refiere a la relación entre el Estado y la sociedad, ya que es el medio por el cual las autoridades informan a sus electores las acciones que se implementan, los recursos que se asignan y

los resultados de las decisiones tomadas. Ayuda a los ciudadanos a mejorar sus habilidades para participar en los asuntos públicos y ejercer sus diferentes derechos políticos, civiles y sociales.

El objetivo de la transparencia, en relación con la sociedad y el Estado, es ayudar a reestructurar el ámbito público que, según Jürgen Habermas, es el “territorio de las interacciones donde la deliberación puede articularse positivamente para dar lugar a la opinión pública”.

El ámbito público no es semejante al Estado, pero los ciudadanos sí se convierten en sujetos activos, apoderados con derechos, libertades y responsabilidades. La transparencia es un instrumento que ayuda a preparar el camino para reestructurar el ámbito público como un espacio con buena calidad de intercomunicación y un debate abierto y extenso, el cual es un elemento básico del Estado de Derecho.

Transparencia como tema central de las agendas del ámbito público

La transparencia se ha convertido en tema central de las agendas públicas de todo el mundo, tanto en países con una larga tradición democrática como en aquellos que experimentaron recientemente una transición hacia la democracia. La transparencia está en el centro de lo que se podría considerar la cuarta ola democrática que siguió al gran *boom* de la democratización por medio de elecciones libres y justas, que ocurrieron durante los últimos 25 años del siglo xx.

Después de que surgieron gobiernos con un origen democrático, el siguiente paso en la democratización fue asegurarse de que esos gobiernos se unieran al Estado de Derecho y a los principios democráticos.

Aunque la transparencia y el derecho al acceso a la información han sido parte de los contenidos ideales de la democracia y el Estado de Derecho durante más de un siglo, no fue hasta hace dos décadas que la Ley de Libertad de Información (Freedom of Information Laws) fue distribuida en diferentes continentes.

En 1990, sólo 12 países tenían leyes de libertad de información; actualmente, alrededor de 100 países cuentan con esas leyes (Center for Law and Democracy 2013). Las leyes de libertad de información

promueven objetivos muy similares y están dirigidas a hacer que los gobiernos rindan cuentas y fortalezcan a la ciudadanía. Sin embargo, las diferencias entre las leyes de libertad de información pueden ser tangenciales en países que tienen una regla dinámica que sea crucial en los países donde el Estado de Derecho sigue débil e incipiente.

Los principios estándares de las leyes de libertad de información señalan que:

- 1) La información gubernamental es básicamente pública y las excepciones a revelación se han establecido en las normas legales.
- 2) Cualquier persona puede tener acceso a los documentos oficiales por medio de procedimientos viables y acelerados.
- 3) La transparencia y la libertad de información deben enfrentar otros derechos humanos, en particular la privacidad y la protección de datos personales.

Sin embargo, los aspectos procedimentales pueden variar significativamente de una ley de libertad de información a otra, por ejemplo, los plazos para recibir información y para presentar una apelación, los requerimientos y los mecanismos disponibles para hacer una solicitud de información, y los instrumentos de apelación y el tipo de autoridad que resuelve y aplica la libertad de información.

En 2009, el Instituto del Banco Mundial clasificó los diferentes modelos de aplicación de la libertad de información, centrándose en el tipo de autoridad que tenía el poder de revisar las solicitudes de información. Se identificaron tres modelos:

- 1) Los países escandinavos, que son los fundadores de las leyes de libertad de información, tienen un *ombudsman* independiente para vigilar la transparencia del gobierno; y de la revisión de apelaciones, únicamente pueden hacer recomendaciones a los organismos gubernamentales.
- 2) En países, como Estados Unidos de América y Sudáfrica, en los que las apelaciones de información van directamente al Poder Judicial, los tribunales tienen el poder de dar a conocer información negada por un organismo gubernamental.

- 3) Los países con un comisionado de información independiente o un tribunal con facultades y decisiones vinculatorias —México, Escocia, India y Chile— (Neuman 2009).

Las tendencias globales demuestran que las leyes de libertad de información promulgadas en la última década prefieren el tercer modelo (América Latina), mientras que las leyes más antiguas optan por el modelo del *ombudsman* o el comisario de información independiente (Canadá y Nueva Zelanda). A continuación, se aborda la experiencia en materia de transparencia de América Latina y las leyes de libertad de información. Después, se dan algunos detalles acerca del caso de México, que se ha convertido en un paradigma regional de las garantías de transparencia.

Organismos interamericanos de derechos humanos en el fomento de la transparencia

Hace 20 años no había un solo país en América Latina con una ley de libertad de información y acceso a la información pública, lo cual no se reconocía como un derecho fundamental. Hoy en día, 22 de los 35 países cuentan con algún tipo de regulación legal acerca de este tema. Esta rápida evolución no se puede explicar como un simple efecto demostrativo, sino como una consecuencia del papel significativo que han jugado los organismos regionales encargados de la defensa y de promover los derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así como el relator especial para la libertad de expresión, han elevado las normas reguladoras de la libertad de información en la región (CIDH 2012).

Las resoluciones de la Corte IDH han convertido el acceso a la información en un derecho humano fundamental, declaran que los estados miembro están obligados a garantizar la máxima publicidad de los registros del gobierno y que las autoridades deben tener la carga de la prueba cuando se establezcan límites al derecho de acceso a la información. El derecho a ser informado es universal y todos lo tienen;

no es necesario ser ciudadanos, identificarse o mostrar su interés personal para solicitar cualquier tipo de información. El Estado está obligado a dar respuesta a las solicitudes de manera oportuna y accesible, y a ofrecer un recurso legal cuando se niega la información. Asimismo, los estados deben promover la transparencia activa y la cultura de apertura.

Los estados miembro de estos organismos interamericanos se ven obligados a adaptar su marco normativo a los convenios internacionales de transparencia. En seguimiento a estos principios, en 2010 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó un modelo interamericano de Ley de Acceso a la Información Pública para pedir que dichos estados la utilizaran como guía para elaborar y aprobar las futuras leyes de libertad de información. Cabe señalar que hubo dos sentencias de la Corte IDH que obligaron a Chile y Brasil a aprobar leyes de libertad de información que cumplieran con los estándares interamericanos.

En 2006, el caso de *Claude Reyes vs. Chile* llevó a la primera frase jurídica internacional que estableció el acceso a la información como un derecho humano fundamental. Vale la pena hacer una breve referencia a la deliberación de este caso sin precedente y a su conclusión. Claude Reyes pidió al Comité de Inversiones Extranjeras de Chile información de los términos específicos de un contrato del gobierno con una empresa forestal privada. El objetivo del solicitante era evaluar el impacto circunstancial del proyecto y alertar a la población en caso de cualquier amenaza al medio ambiente.

El gobierno chileno negó la información, argumentando que se trataba de datos confidenciales de la empresa, que si fueran revelados podrían exponerla a la competencia desleal. La Corte IDH declaró que el gobierno chileno infringió el derecho fundamental a la información de Claude Reyes, ya que debió hacer una prueba de proporcionalidad entre el interés público para proteger los datos industriales de la compañía y el derecho del pueblo a saber si el proyecto forestal podía afectar sus recursos naturales y dañar el medio ambiente. La Corte IDH ordenó al gobierno chileno que entregara la información y los datos industriales específicos de la empresa, y que aprobara una ley de libertad de información en el Congreso.

Otra frase paradigmática de la Corte IDH fue en el 2010, en el caso de Gomes Lund vs. Brasil. La solicitud de información fue acerca de las operaciones del ejército brasileño en 1973 y 1974, que habían llevado a la desaparición forzada y a la muerte de los miembros de un grupo de resistencia conocido como Guerrilha do Araguaia. En 1982, los familiares de las víctimas presentaron una acción civil pública en la que solicitaban la información de las operaciones militares. La respuesta del Estado fue inexistente. En 2003, 21 años después, un juez brasileño ordenó al Estado que entregara la información a los familiares de las víctimas, pero nuevamente no cumplió. Finalmente, hasta 2009, se liberaron 21,000 documentos.

Cuando el caso llegó a la Corte IDH, ésta destacó que el Estado brasileño había mentido al inicio y había fallado en entregar la información durante más de 20 años. Declaró que éste tuvo una responsabilidad internacional por la violación del derecho humano a la información, sobre todo porque se trataba de un caso de violaciones graves a los derechos humanos, tales como desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. La Corte IDH ordenó a Brasil que adoptara medidas legislativas para reforzar el derecho de acceso a la información de acuerdo con los estándares interamericanos.

Caso México. Ley de libertad de información sólida y sociedad civil activa

En la región de América Latina, México es el ejemplo de cómo la administración pública en un corto periodo, y en un país donde el Estado de Derecho se ha rezagado, la transparencia y el derecho de acceso a la información han transformado la administración pública y se han convertido en un tema central de la agenda del ámbito público. Esto se debe a dos factores principales:

- 1) Los principios y procedimientos establecidos en las leyes de libertad de información que sirvieron de inspiración para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información.

- 2) La participación decisiva de las organizaciones cívicas en la promoción de leyes de libertad de información y en el seguimiento de buenas prácticas de transparencia.

En los últimos 25 años del siglo xx, en la transición pacífica —pero prolongada— a la democracia en México, la transparencia fue ignorada en la lista de temas incorporados en las reformas legales que conducen a un sistema electoral democrático.

Después de las elecciones de 2000, cuando el partido gobernante, el Partido Revolucionario Institucional (PRI), fue derrocado después de 70 años en el poder, se demostró que el proceso de transición a la democracia había llegado a su conclusión. Un grupo de académicos, periodistas y miembros de organizaciones de la sociedad civil se reunieron para exigir la aprobación de una ley de libertad de información, que fue básicamente redactada por ellos y que se puso en vigor en 2002. Inspirado por las leyes de libertad de información vigente y considerando las condiciones específicas de un país que había dejado recientemente atrás un régimen autoritario de un solo partido, el proyecto se centró en los principios de alto estándar:

- 1) El derecho a la información será ejecutado por un organismo de supervisión con facultades para combatir la confidencialidad del régimen anterior: Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (Ifai).
- 2) Las resoluciones de los organismos de supervisión relacionadas con la divulgación de información serán definitivas para los organismos gubernamentales.
- 3) Cualquiera podrá presentar una solicitud de información y una apelación en caso de no quedar satisfecho con la respuesta de la autoridad.
- 4) Los principios rectores de la transparencia y las excepciones a la divulgación estarán claramente establecidos en las normas.
- 5) Los procedimientos de solicitudes de información y las apelaciones tendrán plazos y mecanismos accesibles y económicos.
- 6) Los datos personales serán protegidos de forma segura y serán accesibles exclusivamente a la persona que pertenezcan.

Debido a los estrictos límites de tiempo y a la capacidad de supervisión del cuerpo de la transparencia para determinar qué información debe ser divulgada por las diferentes agencias gubernamentales, la libertad de información se hizo popular rápidamente, y académicos, periodistas y personas del sector privado comenzaron a utilizar las leyes de libertad de información para obtener información del gobierno (los contratos, las adquisiciones, los oficiales, los salarios públicos y las auditorías cuando éste concluyó, etcétera), lo cual nunca antes había estado disponible para el público.

En cinco años, todos los estados mexicanos aprobaron una ley de libertad de información, y en 2007 se promulgó una reforma constitucional para establecer que el acceso a la información fuera un derecho fundamental. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ordenó que los principios de máxima publicidad y excepciones temporales a la divulgación, así como aquellos que protegen la información confidencial, se repliquen en cada ley de libertad de información local y estatal.

Los cambios surgidos de la imposición de la ley de libertad de información a las rutinas de la administración pública provocaron reacciones negativas de algunas autoridades del gobierno que pretendían aprobar reformas de transparencia regresivas en 2009. Las organizaciones civiles y el propio Ifai denunciaron públicamente las intenciones del gobierno, y la prensa nacional publicó esta denuncia, lo cual obligó al gobierno a retirar el proyecto de ley.

Cuando el PRI regresó al poder en 2012, el actual presidente Enrique Peña Nieto propuso una nueva reforma constitucional para dar plena autonomía al Ifai y ampliar las capacidades de supervisión de cada autoridad pública federal, no sólo de los organismos gubernamentales. La reforma que fue aprobada el pasado febrero estableció las obligaciones de transparencia de los partidos políticos y los sindicatos, y para cualquier persona, tanto en entidades públicas como privadas, que recibe dinero del gobierno. Se trata de que las mismas reglas, procedimientos y criterios de exposición se apliquen a cualquier persona que actúe como una autoridad pública o a quien administre los recursos públicos.

El ámbito de dicha reforma en materia de transparencia eleva los estándares, particularmente para aquellos organismos públicos que antes no eran supervisados por una comisión de información independiente.

Un ejemplo es el Congreso federal, que ha presentado mucha opacidad, en particular en el tratamiento de la información del uso y distribución de los recursos económicos entre los diferentes grupos parlamentarios. Otro ejemplo de conducta opaca son los sindicatos de las grandes empresas públicas (de petróleo y electricidad), que reciben una enorme cantidad de dinero del gobierno como parte de sus contratos de trabajo y que nunca antes habían rendido cuentas a los ciudadanos.

El impulso de dicha reforma constitucional, sin duda, tenía un propósito de legitimación, debido a que es políticamente correcto tener un discurso en la apertura, y todos los partidos políticos y grupos de la sociedad consideran la transparencia como una herramienta útil para combatir la corrupción y mejorar el Estado de Derecho.

El mejoramiento constante de la normativa de transparencia en México no se puede entender sin el trabajo realizado por las organizaciones civiles que han sido defensoras determinantes de la transparencia. Organizaciones como Transparencia Mexicana, A.C.; Artículo 19; Fundar, Centro de Análisis e Investigación; Red por la Rendición de Cuentas; Colectivo por la Transparencia; Gestión Social y Cooperación, y México Infórmate, entre otras, no solamente han monitoreado las prácticas de transparencia de los gobiernos y han presentado recursos cuando la información ha sido negada, también han ayudado a traducir la información gubernamental que se proporciona al lenguaje cotidiano, y han exigido formatos de datos abiertos para que la información sea comparable y esté completa para el público en general. El desarrollo sin precedente del marco jurídico de transparencia de México durante los últimos 12 años ha cambiado la forma de concebir el espacio público. Sin embargo, esto no tuvo un efecto positivo en la corrupción que afecta a México.

Por el contrario, según el índice de corrupción de Transparencia Mexicana, la percepción de la corrupción activa de los ciudadanos sigue siendo muy elevada (Transparencia Mexicana 2014). Esto puede ser explicado debido a que los escándalos de corrupción se han publicado más frecuentemente, mientras que la impunidad pública está todavía muy arraigada en el país.

Los avances en las leyes y en las prácticas de transparencia en México son innegables; sin embargo, esto es sólo un primer paso en la construcción de una norma sustantiva del Estado de Derecho

y la gobernabilidad democrática. Nuevamente, las organizaciones de la sociedad civil han demandado una serie de reformas articuladas para avanzar y hacer que el gobierno y las entidades públicas sean realmente responsables de sus decisiones respecto a cómo se utilizan los recursos y los resultados que se han logrado. Al igual que antes, la organización de la sociedad civil está liderando el camino.

Fuentes consultadas

- Carbonell, Miguel, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez, coords. 2002. *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: UNAM/ITAM/Siglo XXI Editores.
- Center for Law and Democracy. 2013. *Global Right to Information Rating*. Canada: Access Info Europe/Centre for Law and Democracy. [Disponible en <http://www.rti-rating.org/country-data> (consultada en julio de 2014)].
- CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2012. *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf> (consultada el 20 de agosto de 2015).
- Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. Caso Claude Reyes vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 19 de septiembre. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf (consultada el 30 de julio de 2014).
- . 2010. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf (consultada el 30 de julio de 2014).

- Habermas, Jürgen. 1989. *La transformación estructural del ámbito público*. Cambridge: MIT Press.
- Neuman, Laura. 2009. *Enforcement Models: Content and Context*. Washington, DC: Banco Mundial.
- OEA. Organización de los Estados Americanos. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (consultada el 14 de agosto de 2014).
- ONU. Organización de las Naciones Unidas. 2006. *La política de la participación en el desarrollo sostenible*. Nueva York: ONU.
- Sen, Amartya. 1999. *Desarrollo y libertad*. Nueva York: Oxford University Press.
- Transparencia Mexicana. Índice de percepción de la corrupción 2014. Enfoque México. Disponible en <http://www.tm.org.mx/ipc2014/> (consultada el 4 de diciembre de 2014).

Homenaje a Jean-Claude Colliard,
tomo II, se terminó de imprimir en marzo de 2016
en Impresora y Encuadernadora Progreso,
S.A. de C.V. (IEPSA), calzada San Lorenzo
núm. 244, colonia Paraje San Juan, CP 09830,
Ciudad de México.

Su tiraje fue de 2,500 ejemplares.