

NUEVAS VARIACIONES SOBRE EL TEMA CULTURAL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Rafael ESTRADA MICHEL*

SUMARIO: I. *Una historia de Estados y leyes*. II. *La justicia constitucional como logro cultural*. III. *Abandonos liberales y soluciones de compromiso*.

I. UNA HISTORIA DE ESTADOS Y LEYES

Nacer bajo el signo del estatalismo determina muchos ámbitos propios de la vida de los complejos políticos que hemos convenido en llamar “naciones”. Uno no menor es, desde luego, el de la justicia constitucional o, por mejor decir, el de las concepciones colectivas acerca de la constitucionalidad.

¿Cómo se explican los diversos principios que informan a los múltiples mecanismos de control de la constitucionalidad que nos muestra el derecho comparado? ¿Qué es lo que hace que determinadas latitudes sean tan refractarias a un control que en otras parece cosa elemental y cotidiana? ¿Por qué cuesta tanto trabajo en algunos casos ceder ante cuestiones tan relevantes como los efectos generales de las sentencias y precedentes que tutelan derechos humanos? Me temo que las respuestas exceden con mucho al frío ámbito de la normatividad desnuda.

Y es que la noción de Constitución y las nociones que le son aledañas, como la de *constitucionalidad*, son, como todas las nociones, entidades culturales y, por lo tanto, históricamente relativas. ¿Qué es lo que hace que los pueblos accedan con mayor o menor lentitud a ellas? Toda respuesta

* Profesor en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

parecería arrogante y dueña de pretensiones inútiles de universalidad, pero bien pueden ensayarse acercamientos. Al fin y al cabo el ensayo ha dado muestras de ser el género más propicio para el reconocimiento de la falibilidad y la incertidumbre siempre presentes en el conocimiento humano.

Noción cultural de Constitución, decíamos, y consecuencias de enorme significado alrededor de la gran cantidad de conceptos que giran en su órbita. No en vano Maurizio Fioravanti ha propuesto una primera tríada conceptual que distingue entre la Constitución que llama “de los antiguos”, respecto de sus pares “medieval” y “moderna”.¹ Pero si de nacer bajo el signo estatalista hablamos, habrá que limitar nuestro ensayo a las nociones culturales de Constitución que han surgido a raíz del *big bang* creativo del Estado, esto es, habrá que limitarnos a las nociones constitucionales de los seres humanos modernos (siglos XV al XXI), únicos en definitiva capaces de comprender en todas sus aristas lo que el fenómeno del Estado ha significado y continúa significando en términos de la superación de la agustiniana *magna latrocinia* a la que recientemente se ha referido Zagrebelsky.²

El Estado surge sin apetencias de control constitucional y con profunda vocación legictrista y codificadora.³ Las concepciones primigenias sorprenden por lo simplistas: Hobbes ve en la dispersión normativa derivada a los últimos siglos medievales (esto es, en la pluralista y estamental Constitución del medioevo)⁴ a la culpable de los males que le son contemporáneos: guerras de religión, guerra civil en Inglaterra, etcétera. Rescata una no tan vieja idea de Bodino (la de soberanía) y la postula como la única concepción capaz (una vez que se halle encarnada en el Leviatán, claro está) de salvar a Europa de una licantropía que la está haciendo re-

¹ Fioravanti, M., *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Marriñez Neira, Madrid, Trotta, 2001.

² Zagrebelsky, G. y Martini, C. M., *La exigencia de justicia*, trad. y presentación de M. Carbonell, Madrid, Trotta, 2006; Zagrebelsky se refiere al conocido pasaje de la *Civitate Dei* en el que el obispo de Hipona se pregunta *Remota iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?*

³ Bellomo, M., *La Europa del derecho común*, introducción de E. Montanos F., Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1999, en especial el capítulo “Triunfo y crisis de las codificaciones nacionales”.

⁴ Grossi, P., “Un derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la Constitución jurídica medieval”, en Grossi, P., *Derecho, sociedad, Estado*, trad. de J. R. Narváez, México, J. del Arenal-El Colegio de Michoacán-Escuela Libre de Derecho-Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2004, pp. 15-33.

tornar a los infaustos tiempos del *status naturae*. A partir de ahí las ideas van hilvanándose con armonía asombrosa: el Leviatán, que es el Estado (mismo que, por tanto, no constituye entidad atemporal ni iusnatural, aunque en ello no reparan sus entusiastas teóricos), obtiene de los asociados que buscan seguridad una delegación absoluta de todos sus poderes individuales y puede, por lo tanto, regular la vida de los miembros de la comunidad sin más límites que los de respetar la única ley que es en verdad fundamental: la que postula que el Estado es poseedor exclusivo y definitivo del único poder que cuenta: el poder soberano. Ha nacido el legicentrismo y con él un concepto culturalmente muy pobre de lo que es la materia propiamente constitucional.

Ni en Locke ni en Rousseau encontramos al respecto diferencias de entidad, más allá de sus diversas concepciones acerca del estado de naturaleza y de los objetivos que señalan para la superación del mismo a través de la suscripción del pacto social. El poder es soberano y, en su vertiente legislativa, incontrolable (la idea incomoda a Rousseau, que, sin embargo, no halla más forma de expresión que la de una rebeldía tan famosa cuanto estéril en contra de la representación). La Constitución, que algunas revoluciones concebirán escrita y fundamental, marcha a pasos agigantados hacia su desnormativización, hacia su falta de fuerza legal, hacia la ralentización de sus contenidos, hacia el estado que los alemanes han llamado *Verfassungslirik*. En efecto, ¿a título de qué va un documento llamado Constitución a limitar los contenidos de leyes y decisiones que proceden del ente autorizado por todos con miras a garantizar omnicomprensivamente la seguridad y el orden (Hobbes), la propiedad y la vida (Locke) o la igualdad fraterna (Rousseau)? ¿Qué legitimidad puede alegar un texto que parece reivindicar inconsecuentes valores superlegales y que, para colmo, en aras de ser implementado correctamente parece depender de ese órgano detestado por la gran revolución dieciochesca que se llama juez?

La concepción hegemónica del racionalismo jurídico invocará, ante todo, a la ley. “Una ley dictada por un legislador que *representa la voluntad de toda la sociedad*, que se preocupa de su defensa, que individúa con acierto delitos y penas siguiendo el principio de la utilidad social, único criterio de la justicia. El juez, primer siervo de la ley, se limitará a seguirla”.⁵ Ante escenarios de semejante optimismo legicentrista, es muy

⁵ Sbriccoli, M., “Justicia criminal”, en Fioravanti, M. (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2004, p. 181.

escaso el sitio que queda para la dimensión sustancial de la democracia que Ferrajoli ha sabido llamar Constitución.⁶ En efecto, la defensa de las minorías frente a los abusos de la presunta mayoría legisladora se concibe no sólo como tarea estéril e ingenua, sino, incluso, como criminal labor de lesa majestad poco después tipificada, sintomáticamente, como crimen de *lesa nación*. El discurso auténticamente constitucional, confiésese o no por quien detenta el poder, se torna sospechoso. Incomoda a la ley y, por ende, a las mayorías que la elaboran.

Conviene aquí voltear los ojos hacia una nueva tríada fioravantiana: la que distingue entre Estado jurisdiccional, Estado de derecho y Estado constitucional.⁷ Si en un primer momento de la modernidad el Estado parece resignado a convivir con la innegable realidad judicial y estamental propia de lo que llamamos, no sin cierta ligereza, el *antiguo régimen*, resulta claro que la resignación va siendo sustituida por una vocación de ataque central que sueña a los jueces como voces flacas de una ley que no admite contrapesos, y mucho menos contrapesos constitucionales. No queda espacio para normas hipotéticas fundamentales ni para reglas de reconocimiento que pretendan hacerle sombra a la gran legislación estatista. En los modernos Estados liberales, “gobernados de forma no liberal... el arbitrio de la ley... ocupa el lugar del arbitrio del juez”.⁸

Este es el signo bajo el cual nace el Estado “de derecho”, con su Constitución “liberal”, y por eso es que toda concepción normativo-constitucional del Estado es, en cierto modo, una concepción culturalmente conservadora que parte de la idea de que existen ciertos principios que merecen ser extraídos del alcance leviatanesco de la esfera legislativa.⁹ Una idea que no será cabalmente comprendida ni en la Europa de la revolución ni en la de la mal llamada Restauración, pero que está en la base de las modernas técnicas de control constitucional, cuyo punto de sali-

⁶ Ferrajoli, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibañez y A. Greppi, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001, en especial pp. 23-25.

⁷ Fioravanti, M., “Estado y Constitución”, en Fioravanti, M. (ed.), *El Estado...*, cit., nota 5, pp. 16-29.

⁸ Sbriccolli, M., *op. cit.*, nota 5, p. 185.

⁹ Para la caracterización del conservadurismo filosófico, “pensamiento coherente” en absoluto cerrado al cambio, con importancia radical para el México centralista, como veremos en un momento, *cfr.* Sordo Cedeño, R., “El grupo centralista y la Constitución de las Siete Leyes, 1835-1837”, en Galeana, P. (comp.), *México y sus Constituciones*, México, Archivo General de la Nación-Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 104 y 105.

da común se halla en la superación de la idea moderna que ha visto en la justicia una mera “conformidad a la ley” y que ha “pretendido reducir la justicia al derecho, el derecho a la ley, y la ley a la soberana voluntad del Estado (personificado por un príncipe absoluto o por una asamblea omnipotente: da lo mismo)”.¹⁰

Cierto es que los Estados sufren los embates del estatismo en proporciones muy diversas, frecuentemente asociadas a la fuerza que el estamento jurisdiccional ha guardado en ellos durante los siglos precedentes a las grandes revoluciones hobbesianas. De esta idea surge en Fioravanti una tercera tríada que distingue entre tres “fundamentaciones teóricas de la libertad”: la individualista, la estatista y la historicista.¹¹ Inglaterra, por ejemplo, navegará en un mar de historicismo judicial imposible de hallar en la Francia del ochenta y nueve, mientras que la nueva nación anglosajona que surge en la América septentrional, heredera al fin y al cabo de la gran tradición del *case law*, será capaz de entender muy tempranamente, merced a su individualismo historicista de raigambre antiestatista, que el Leviatán legislativo ha de tener límites si es que de garantizar las libertades humanas se trata.¹²

Lo curioso en el caso de las Indias es que nuestro estatismo es anterior a Hobbes (en cierto modo, Hobbes está describiendo lo que Castilla había hecho en el Nuevo Mundo con un siglo de antelación). Un estatismo que convive impudicamente con la Constitución estamental propia del Estado jurisdiccional —la misma que mantiene en la Nueva España infinidad de jurisdicciones especiales que llegarán intactas a Cádiz—, pero de un Estado jurisdiccional muy curioso, heredero de la tradición regalista castellana (que había consolidado precozmente las potestades mayestáticas, en detrimento del pactismo feudal y en beneficio de la reconquista cristiana) y, por lo tanto, entusiasta de una soberanía regia desconocida en otras latitudes hacia el siglo XVI, que es, no por casualidad, el de la conquista de México, la ciudad que se inventaría país.

¹⁰ Zagrebelsky, C. y Martini, C. M., *op. cit.*, nota 2, p. 29. Hay más: “al individuo se le exige, para que la justicia sea hecha, que respete la ley. La justicia se convierte en legalidad”.

¹¹ Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, presentación C. Álvarez Alonso, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2000, pp. 25-53.

¹² Cienfuegos Salgado, D. (comp.), *Marbury contra Madison. Una decisión histórica para la justicia constitucional*, México, El Colegio de Guerrero-Editora Laguna, 2005.

Estatalismo precoz el indiano, ha dicho Rubert de Ventós,¹³ y no toda precocidad resulta sana. Durante el periodo virreinal tenemos jueces y jurisdicciones, pero también leyes que van adquiriendo poco a poco el carácter de infalibles por el simple hecho de provenir de quien se ha consolidado como soberano: el rey, pero también, brillando como la luna que describió Juan de Solórzano,¹⁴ tanto más cuanto más se aleja del Sol, el virrey y la audiencia, a dos mil leguas de Madrid. Leyes y más leyes, en frenética expedición, que al paso de las centurias justificarán las más diversas atrocidades y que, a su contacto con la Revolución francesa y con las revoluciones hispánicas¹⁵ servirán, ellas mismas antropomorfizadas y soberanas, para imponer impuestos y ejecuciones atrabiliarias¹⁶ sin preocuparse por Constitución estamental, liberal o democrática alguna. Así pues, historicismo, estatalismo e individualismo a un tiempo, sin excluir a ninguna de las fundamentaciones, como sí se hizo en Angloamérica, en Francia y en la Europa continental de la Restauración.

Y es que entre nosotros no es el estamento ni la libertad ni el pueblo lo que cuentan, sino que se impone esa curiosa aportación gaditana al subdesarrollo pseudoconstitucional de nuestros Estados que se llamó nación. ¿Por qué aportación gaditana? Porque fueron los constituyentes doceañistas quienes la concibieron como un ente esencial del todo distinto al tercer Estado, al conjunto de los “no privilegiados” que sistematizó el abate Sieyès.¹⁷ La nación española, reunión de los españoles de ambos hemisferios, según la archiconocida fórmula de compromiso contenida en el artículo 4o. de la Constitución de Cádiz, poseerá poderes fabulosos a ser empleados en contravención de los derechos fundamentales de sus

¹³ Rubert de Ventós, X., *El laberinto de la hispanidad*, Barcelona, Planeta, 1987.

¹⁴ Solórzano y Pereira, J., *Política indiana*, Madrid-Buenos Aires, Compañía Iberoamericana de Publicaciones, s/f, v, 12, 9, t. IV, p. 200.

¹⁵ La expresión es de Guerra, F. X. (dir.), *Revoluciones hispánicas. Independencias americanas y liberalismo español*, Madrid, cursos de verano de El Escorial-Editorial Complutense, 1994.

¹⁶ Nos hemos ocupado del tema, decimonónico como pocos, Cienfuegos, D. y Estrada, R., *Procesos “judiciales” de la Independencia mexicana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

¹⁷ Portillo Valdés, J. M., *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España 1780-1812*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, 2000; Varela-Suanzes Carpegna, J., *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

integrantes.¹⁸ Así, por ejemplo, en defensa de los “derechos de la nación”, según argumentó el jefe de la bancada liberal-peninsular Agustín de Argüelles, los afroamericanos, españoles de uno de los hemisferios, se verían privados de la posibilidad de siquiera aparecer en los censos electorales de la monarquía,¹⁹ para agravio perenne de la mayoría nacional americana, condenada, en consecuencia, a ser ridícula minoría parlamentaria (y el sistema de 1812 hacía residir en las Cortes, con toda claridad, la soberanía de la nación).

No es extraño que en situación semejante el control de las “infracciones a la Constitución” correspondiera no a los execrados jueces del antiguo régimen (nótese, sin embargo, que con el doceañismo se mantienen la planta audiencial y un cierto grado de descentralización jurisdiccional), sino a las Cortes y a sus delegaciones locales llamadas eufemísticamente “diputaciones provinciales”.²⁰ Resultaría arriesgado afirmar que, siquiera *in nuce*, hay aquí una especie de control constitucional. No se olvide que los constituyentes están viendo en la Constitución a una más de las leyes que expide la nación para reivindicar sus prerrogativas, y no un instrumento de tutela de los derechos individuales para arrostrar, precisamente, a la imparables nación, como ingenuamente se atrevió a sugerir el diputado novohispano José María Guridi y Alcocer cuando dijo aquello de que la Constitución es más ley que las otras leyes:

Lo que yo veo como teoría y metafísica es la distinción de derechos civiles y derechos políticos... es segregar lo ciudadano de lo civil, lo que es ajeno aun de los nombres mismos. Decir que los derechos civiles son los legales, y los políticos los de la Constitución, es decir que esta no es ley, cuando es más ley que las demás leyes, pues es fundamental y radical. Distinguir los primeros de los segundos porque deban conformarse a la justicia aquellos y no estos, es la cosa más extraña... todo derecho debe tener por norte la justicia.²¹

¹⁸ Estrada Michel, R., *Monarquía y nación entre Cádiz y Nueva España*, México, Porrúa, 2006, en especial capítulos IV y V.

¹⁹ Arenal, J. del, “Ruiz de Apodaca, «el negro Roberto» y el artículo 22 de la Constitución de 1812 en la Nueva España”, *Un modo de ser libres. Independencia y Constitución en México (1816-1822)*, Zamora, El Colegio de Michoacán, 2002.

²⁰ Lorente Sariñena, M., *Las infracciones a la Constitución de 1812*, prólogo de F. Tomás y Valiente, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

²¹ *Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias que dieron principio el 24 de setiembre de 1810, y terminaron el 20 de setiembre de 1813*, Madrid, Imprenta

Y no la ley, por más que provenga ésta de la nación, podría haber agregado nuestro ilustre primoparlamentario.

Buenas intenciones de legisladores minoritarios aparte, lo cierto es que incluso la extinción de los señoríos jurisdiccionales —civiles o eclesiásticos— y hasta la abolición del Santo Oficio de la Inquisición²² son medidas vistas como recuperación de potestades nacionales y no como reivindicación de derechos ciudadanos que, por constitucionales, se hallan muy lejanos del imaginario al uso de los parlamentarios. Una lectura atenta al *Diario de sesiones* de las Cortes de Cádiz arroja sorpresas tales como el establecimiento de la garantía de la libertad de prensa como una forma tutelar del derecho... ¡“de la nación” a hallarse en todo tiempo bien informada!

II. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO LOGRO CULTURAL

Pocas variaciones respecto del modelo gaditano hallamos en materia de control del Legislativo en la Constitución Federal mexicana de 1824. De creerle a Zavala, los constituyentes de nuestro *primo paradiso* no sólo tuvieron a la mano una mala traducción de la Constitución de Filadelfia, sino que ni siquiera tuvieron conocimiento —mal traducido o no— de un hito cultural tan importante como el que el mañoso juez Marshall estableció en *Marbury vs. Madison*. Si Cádiz es la primera Constitución de la Restauración, su hija americana no le va a la zaga: “legicentrismo y nación”, mucho más que “Dios y libertad”: el artículo 137, V, 6o. de la Constitución de 1824 establecía como facultad de la Suprema Corte de Justicia conocer “de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según se preven-

de J. A. García, 1870. También en Congreso de los Diputados, *Diario de sesiones*, serie histórica, 1, dos CD-ROM, sesión del 10 de septiembre de 1811, t. III, pp. 1812-1814. Cfr. Garza, D. T., “Mexican Constitutional Expression in the Cortes of Cadiz”, en Benson, N. L. (ed. e introd.), *Mexico and the Spanish Cortes (1810-1822)*, Austin, The University of Texas, 1966, p. 50; Lorente Sariñena, M., *op. cit.*, nota 20, p. 23, para quien, a despecho de lo hasta aquí argumentado, “la Constitución de 1812 nace con la conciencia de ser norma suprema”, citando como prueba de ello el debate sobre las *castas*.

²² Común, merced al desatado nacionalismo de la época, a Cádiz y a José María Morelos. Cfr. Cienfuegos, D. (coord.), *Ideas para fundar la nación mexicana. Los Sentimientos de la Nación de José María Morelos y Pavón*, México, Porrúa, 2006, p. 38. También, Escudero, J. A., *La abolición de la Inquisición española. Discurso leído el día 2 de diciembre de 1991 en su recepción pública por el Excmo. señor don...*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1991.

ga por la ley”. Más allá de que no se clarificó durante nuestro ochocientos qué es lo que se quería decir con la expresión “leyes generales”, o si podíamos asumir a éstas como integrantes de algo parecido al *bloque de constitucionalidad* francés, resalta el hecho de que jamás se expidió la ley que reglamentaría la importante facultad controladora de la Corte. El rasgo es de un acusado estatalismo, pues éste, como ha destacado Fioravanti, persiste en colocar a la ley ordinaria (y no a la Constitución) en el pináculo del sistema de fuentes jurídicas.²³ El Congreso no expidió jamás la ley porque hubiera permitido a los maldecidos jueces de la alta corte controlar la actividad de los representantes mayoritarios de la nación. La Corte, por su parte, no tuvo los arrestos historicistas y anticongresionales de los que hizo gala Marshall en la que fue la América inglesa. El legislador mexicano quedó, por un momento, a salvo.

Así pues, la aparición de algo que pudiese acercarse a la moderna “justicia constitucional” en pleno ochocientos mexicano no deja de ser una sorpresa inexplicable, por lo menos desde la atalaya de la historia cultural. Acaeció, sin embargo, y de la mano de una Constitución centralista y facilonamente execrada: la conservadora de las Siete Leyes, de 1836, producto de un Constituyente que requiere, sin duda, un estudio mucho más detenido que el que hasta el momento le hemos dispensado.²⁴

¿Por qué se hallan los constituyentes mexicanos del treinta y seis en disposición cultural para admitir la necesidad del control constitucional? ¿Qué es lo que pretenden conservar? ¿Por qué personalidades como la de Carlos María de Bustamante —y antes, la del padre Servando Teresa de Mier— no reciben la mitología liberal²⁵ sino a beneficio de inventario? ¿Qué les hace acariciar una auténtica constitucionalidad sin renunciar al principio liberal, donde los haya, de la soberanía nacional? ¿Por qué quieren para el recién nacido México una Constitución que sea Constitución de los Estados constitucionales?²⁶ ¿Qué está entendiendo el Consti-

²³ Fioravanti, M., *op. cit.*, nota 1, pp. 108 y 109.

²⁴ La excepción más conspicua resulta, a mi entender, el profundo estudio de Pantoja Morán, D., *El Supremo Poder Conservador. El diseño institucional en las primeras Constituciones mexicanas*, México, El Colegio de México-El Colegio de Michoacán, 2005.

²⁵ Que no es sino la *Mitología jurídica de la modernidad*, como se titula el libro de P. Grossi, trad. de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003.

²⁶ La tautología, sólo aparente, en Häberle, P., *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. de I. Gutiérrez, Madrid, Mínima Trotta, 1998, p. 36.

tuyente de 1836 por “contrario a artículo expreso de la Constitución”?, y ¿por qué está concibiendo una legalidad reforzada, una supralegalidad o, acaso, una metalegalidad?

Este tipo de preguntas son las que requiere formularse una historia constitucional que pretenda ser algo más que simple descripción de las Constituciones o anecdotario de los congresos constituyentes²⁷ para convertirse en descripción de los procesos culturales que llevan a la asunción de determinadas realidades, no por mentales menos existentes, que permiten, a su vez, asumir plenamente las consecuencias de dar por buenas determinadas fundamentaciones de la libertad en detrimento de otras, superando así el eclecticismo cobarde que nos ha hecho, a un tiempo, estatistas, individualistas e historicistas (esto es, hijos del código y de la Constitución, del juez y del legislador), simplemente porque, en sede racionalista, no nos atrevemos a probar lo que Edmundo O’Gorman llamó, años hace ya, nuestra propia y específica utopía.

Un primer ensayo de respuesta puede partir de una idea simple: los hombres del treinta y seis han sido testigos de los extremos legislativos a los que puede llegar la tiranía del número. Han contemplado fusilamientos basados en leyes especialísimas, utilización de poderes legislativos para la defenestración de adversarios políticos,²⁸ transformaciones legales que autorizan caciquismos y, en los casos más extremos, desmembramientos de territorios como el texano sobre la base conceptual —y después legal— de que existen hombres que poseen el derecho de poseer a otros hombres. No es extraño que los constituyentes se hayan preocupado por encontrar un dique constitucional a tantos y tan perjudiciales excesos.²⁹

“Centralistas” ha sido insulto común espetado en contra de los conservadores mexicanos. Valga pues como injuria, pero repárese también en el hecho de que el centralismo de 1836 puede tener las mismas raíces que el esquema de justicia constitucional propuesto por las propias bases. Procuraré explicarme postulando una idea: el territorio mediatiza. La

²⁷ Zagrebelsky, G., *Historia y Constitución*, trad. y prólogo M. Carbonell, Madrid, Mínima Trotta, 2005.

²⁸ Cfr. los “procesos” seguidos a Agustín de Iturbide y a Vicente Guerrero en Cienfuegos, D. y Estrada, R., *op. cit.*, nota 16.

²⁹ Interesantísimo recuento de los antecedentes nacionales del Supremo Poder Conservador, algunos incluso primoimperiales, en Pantoja, *op. cit.*, nota 24, pp. 298-310.

reunión de diputaciones provinciales³⁰ que en 1824 se constituyó nación se hallará llamada con el tiempo a proteger con su “justicia” (la “justicia de la Unión”) a los agraviados por la acción pública, en específico la proveniente de las autoridades estatales. ¿No habrá podido estar idea semejante en las cabezas de quienes concibieron al Supremo Poder Conservador? ¿No se trata, en la mejor línea de Sieyès,³¹ de constituir unitariamente a la nación para hacer del tercer estado el garante de la igualdad ya no legal, sino constitucional?

Así vista, no resulta casual la inclusión de una facultad tan extensa como aquella que permitía a los miembros del Supremo Poder declarar “excitado por el Poder Legislativo, previa iniciativa de alguno de los otros dos poderes” qué es lo que debía entenderse por auténtica voluntad de la *nación* “en cualquier caso extraordinario en que sea conveniente conocerla” (ley segunda, artículo 12, fracción VIII). Interpretada tan formidable atribución de manera sistemática con el resto de las facultades otorgadas al Supremo, parece clara la concepción de la voluntad nacional como una entidad distinta —y en ocasiones enfrentada— a la voluntad ordinaria del legislador, con lo que podría considerarse parcialmente superado el primer obstáculo que el legicentrismo opone al surgimiento de una verdadera justicia constitucional (y, por ende, al surgimiento de una auténtica constitucionalidad). La reducción de la justicia al derecho y del derecho a la ley estaba siendo contradicha por un grupúsculo de notables oriundo de una frontera de Occidente aislada, según algunos pretenden todavía, del conjunto de movimientos que dieron lugar al célebre ciclo de las revoluciones atlánticas. Y, sin embargo, en México estaba surgiendo algo muy parecido a los modernos tribunales de constitucionalidad, entidades ajenas a cualquiera de los tres poderes tradicionales y que, en lo relativo a sus funciones, son “en efecto, supremos poderes conservadores”.³²

Superación solamente parcial, decíamos, puesto que además de la necesaria excitativa por parte del poder menos interesado en la declaración de la voluntad nacional (esto es, por un poder aún no resignado a perder

³⁰ Resulta en este sentido clásica, si bien matizable en algunas afirmaciones, la obra de Benson, N. L., *La Diputación Provincial y el federalismo mexicano*, trad. de M. Zamudio, México, El Colegio de México-UNAM, 1994.

³¹ Sieyès, E., *¿Qué es el tercer Estado?*, introd. y notas de M. Lorente y L. Vázquez, Madrid, Alianza, 1989.

³² Barragán Barragán, J., “Breve comentario sobre las leyes constitucionales de 1836”, en Galeana, (comp.), *México y sus Constituciones*, cit., nota 9, p. 123.

el monopolio declarativo de lo constitucional en sede legislativa) se requiere la concurrencia de alguno de los otros departamentos en que se divide el poder público. La misma parcialidad (o, si se quiere, la solución de compromiso) habla de lo claras que se tenían las funciones de las entidades que con el tiempo habrían de llamarse “cortes constitucionales”, organismos que sólo excepcionalmente actúan *ex officio* y para cuyo funcionamiento es necesaria la participación de alguna de las ramas del poder, o bien la acción de algún gobernado en papel de quejoso, tal como sucede hoy día con los diversos instrumentos de control, como son el amparo, la acción de inconstitucionalidad, la controversia entre poderes y la cuestión de constitucionalidad. No hay, por otro lado y en claro contraste con 1824, relajación alguna al brazo legislativo: lo relativo al voluntarismo nacional se resuelve en sede constitucional y no “en los términos que disponga *la ley*”.³³

Las tres primeras y principales funciones del Supremo Poder Conservador resultan igualmente paradigmáticas de lo cercanos que estamos, ni siquiera mediando el ochocientos, a las ideas que varias décadas después sistematizaría Kelsen con ocasión de la promulgación de la Constitución austriaca.³⁴ Al cuarto poder mexicano correspondía (Ley segunda, artículo 12, fracción I) “declarar la nulidad *de una ley o decreto* dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo *expreso* de la Constitución, y le exijan dicha declaración o el Supremo Poder Ejecutivo, o la alta Corte de Justicia, o *parte* de los miembros del Poder Legislativo”. Repárese en las cursivas, que pertenecen al autor de estas líneas: la nulidad que importa declarar en primer término es la de aquellos canales típicos de la acción legislativa que resulten contrarios en su expresión y sentido al texto literal de alguna *ley constitucional* (por “Constitución”, dato no menor, hay que entender al conjunto de las Siete Leyes).

Pero hay más: se faculta a las minorías parlamentarias para excitar al Supremo buscando que declare la nulidad de lo que ellas consideren in-

³³ En la regulación del Senado Conservador sieyesiano, contenida en la Constitución del año VIII, son los órganos del Estado los que ponen en acción la actividad de control constitucional. Cosa distinta ocurría con el *Jury constitutionnaire* revolucionario, concepción sieyesiana también, en el que bastaba con la acción individual de los ciudadanos. *Cfr.* Pantoja, *op. cit.*, nota 24, p. 263. El Supremo Poder Conservador mexicano, en cualquier caso, no puede hacer ninguna declaración “por sí y sin la excitación” respectiva, so pena de nulidad. (Ley segunda, artículo 14).

³⁴ Kelsen, H., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155.

constitucional, con lo que el disenso no se interpreta más como crimen de lesa nación, sino que, por el contrario —rasgo *sine quan non* de las Constituciones democráticas— se le protege y alienta como fórmula de control al poder mayoritario. El estatalismo propio de la Restauración europea se ralentiza en la orilla americana del Atlántico, y de alguna forma se están dando precozmente los pasos tendentes a la superación de la Constitución liberal que caracteriza al legicentrista Estado de derecho.

Por lo demás, y volviendo a las tres principales funciones, competía al Supremo Poder declarar, a excitativa del Legislativo o de la Corte, la nulidad de los actos del Ejecutivo que fuesen contrarios “a la Constitución o a las leyes” y los de la alta corte de justicia, a petición de los otros dos poderes, “sólo en el caso de usurpación de poderes”. Culturalmente sintomática resulta la concepción del Poder Ejecutivo como eventual violador no sólo del orden constitucional, sino también del legal ordinario. Piénsese en una ley no contravenida dentro de los dos meses de plazo que señala el artículo: por más inconstitucional que la pudieran considerar, los sucesivos presidentes de la República se verían obligados a cumplirla y la sanción de ineficacia de los actos contrarios a ella sería exactamente la misma que correspondería a los actos administrativos inconstitucionales, lo que habla bien a las claras de la conservación de una idea que llega hasta nuestros días y que no pudo sino matizar la existencia del Poder Conservador: la de que es al Legislativo, y no al Ejecutivo, a quien corresponde declarar y actualizar los términos del pacto social, pues en él reside, en última instancia, la representación de la nación.

Lo que el Supremo Poder puede en relación con la Corte de Justicia es también altamente rico en posibilidades especulativas. Sólo en el caso de usurpación de funciones puede el poder anular una decisión de la Corte, con lo que el paradigma historicista propio del Estado jurisdiccionalista queda intacto: las decisiones de los jueces se hallan, muy en la tónica del antiguo régimen, libres de reproche constitucional. El estamento judicial, como sucedía por entonces y hasta la fecha en la América anglosajona, sólo puede ser juzgado por instancias igualmente judiciales. Ahora bien, si incluso las decisiones jurisdiccionales contrarias a la Constitución quedan firmes, es necesario destacar que la alta Corte no se halla en una situación de total y absoluto arbitrio, por cuanto el Supremo Poder Conservador puede (fracción V) suspender al alto tribunal cuando, excitado por alguno de los otros dos poderes, compruebe que la Corte busca descono-

cer a alguno de ellos o perturbar el orden público, además de que (fracción XII) el Poder Conservador podía nombrar dieciocho magistrados “entre los que no ejercen jurisdicción ninguna” para juzgar a los miembros de la Corte en algo que, como ha sabido ver J. Barragán, constituye una evidente continuación del Tribunal de Residencia indiano.³⁵

Eclecticismo puro, puesto que también respecto de la integración y permanencia del Poder Legislativo hay facultades para el Poder Conservador que puede (fracción VI) suspender por un plazo máximo de dos meses las sesiones del Congreso o resolver que se llame a ellas a los legisladores suplentes cuando así convenga al *bien público* (paradigma estatalista) y lo excite para ello el Ejecutivo, quien a su vez, por el *bien de la nación*, se verá obligado a renovar todo el ministerio cuando el Supremo Poder lo considere conveniente tras haber sido excitado por la mayoría de las juntas departamentales en que se dividía por entonces el territorio de la República (fracción IX).

Así pues, el gobernado queda protegido frente a las arbitrariedades del Ejecutivo y Legislativo (fundamentación individualista de las libertades), pero las decisiones judiciales por regla más que general mantienen su firmeza (fundamentación historicista), mientras que el Supremo Poder Conservador, representante último del Estado mexicano y árbitro inapelable de las luchas entre los poderes integrantes del mismo, se erige en última y definitiva instancia no sólo en materia de control de la constitucionalidad, sino también en lo referente al contenido mismo de las leyes constitucionales, por cuanto (fracción X) puede negar la sanción a las reformas constitucionales que acuerde el Congreso. Si esto no es fundamentación estatalista de las libertades, no es fácil atinar a calificarlo correctamente. Una cultura de frágil base constitucional que no se atreve a tomar decisiones que privilegien a algunos paradigmas y excluyan a los otros. Y en este mar de barrocos eclecticismos naufragó nuestro primer y único intento de tribunal constitucional.

Con todo, puede apreciarse que el paradigma estatalista va matizándose de este lado del Atlántico. La Constitución se coloca por encima de las leyes y de los actos administrativos, pero no de las resoluciones judiciales. Con ello nuestro tradicional barroquismo va dando señales de acercamiento al ideal anglosajón de la *judicial review*, individualista por lo que se refiere a los derechos, historicista por lo que hace a la elevación del

³⁵ Barragán Barragán, J., *op. cit.*, nota 32.

juez (recuérdese que en el antiguo régimen la función primordial del gobernante es la de *juzgar*) y receloso del excesivo poder estatal, sobre todo en su faceta de supremo legislador.

III. ABANDONOS LIBERALES Y SOLUCIONES DE COMPROMISO

Una historia lineal, sin complejidades y, por ende, inhumana, nos podría llevar a partir de la instauración del Poder Conservador hasta el final feliz de la plenitud de la justicia constitucional. No sucedió así, bien por el fracaso de la República centralista, bien porque el Supremo Poder no supo estar a la altura de su cometido, bien porque la cultura de poderes y gobernados no estaba preparada, bien porque no se quiso o no se supo matizar correctamente la obsesión estatista propia de un país que se asume víctima por todo y de todos.

De hecho, el resto de nuestro diecinueve será territorio propicio para tres pérdidas que tienen que ver con la degeneración de una cultura relacionada con el control constitucional, a saber:

- a) La de la noción de un poder neutro y equilibrador en la línea del pensamiento de Benjamín Constant, panhispánicamente leído en la primera mitad de la centuria en traducción hoy clásica. En este sentido, el México que seguirá a la primera República centralista será un país en el que las luchas entre los poderes (básicamente entre el Ejecutivo y el Legislativo) se den sin cuartel y sin moderación, sucediéndose las prelacías de uno y otro hasta el advenimiento del modelo presidencialista definitivo, explicable en buena medida por la ausencia de una instancia moderadora, neutra o, para decirlo con todas sus letras, conservadora de la constitucionalidad.
- b) La de la noción de una potestad controladora de lo constitucional que se halle ajena a cualquiera de las otras ramas del poder público. En efecto, al atribuir al cada vez más frágil Poder Judicial la institucionalmente debilitada capacidad de conocer acerca de la constitucionalidad de leyes y actos, el Estado mexicano se alejó de toda posibilidad de constituir un auténtico tribunal constitucional, moderador, neutro, independiente y conservador en el sentido que le hemos venido dando a la palabra. Esta pérdida, muy propia del paradigma estatista del primer liberalismo euroamericano, mantiene hasta nuestros días sus

consecuencias y es una de las explicaciones de lo que Jaime Cárdenas ha llamado nuestro “atraso jurídico”.³⁶

- c) La de la idea de que la voluntad de la nación expresada en la sede legislativa ordinaria debe poder ser controlada, con efectos que aprovechen a todos los seres humanos que integran el conglomerado jurídico-político, en una sede que, colocándose en un plano constitucional (esto es, supralegal), reconozca como sustancialmente democrático el respeto irrestricto y universal a los derechos fundamentales, que no son propios de la nación, sino de sus habitantes.

Vayamos avanzando en la historia de las mermas culturales. Cuatro años después del intento centralista de tribunal constitucional surgiría, en la Constitución yucateca de 1840, el juicio de amparo. El autor del proyecto fue, como es sabido, Manuel Crescencio Rejón, quien planteó un medio de *control constitucional* en manos del Poder Judicial. El Tribunal estatal podía conocer de los actos del gobernador del Estado o de las leyes de la legislatura, mientras que los jueces de primera instancia controlarían los actos de autoridades distintas a las mencionadas.

No deja de ser enigmático el surgimiento de esta figura en un sitio tan alejado del centro como era la península de Yucatán, ya que hay que recordar que había integrado durante el periodo novohispano una Capitanía general distinta a la de México, si bien en materia judicial había dependido de la Audiencia mexicana. Se hallaba, pues, un tanto fuera del precoz Estado del Anáhuac.

Ahora bien, no por lejano a la cabeza del reino Yucatán debe considerarse ajeno al paradigma estatalista. De hecho, el juicio de amparo de Rejón muestra ya las características estatalistas que tendrá la conocida figura, sin que para ello obste su finalidad suprema individualista. En efecto, Rejón planteó ya los principios de *instancia de parte agraviada* (que permite dejar a salvo los “derechos” del Estado que obra inconstitucionalmente cuando no existe quien se tome la molestia de solicitar amparo bien sea porque no lo quiere o porque no ha sufrido —todavía— un agravio personal y directo) y de *relatividad de las sentencias* (que, en aras de preservar prácticamente intacta la potestad estatal, permite que actos in-

³⁶ Cárdenas Gracia, J., “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico”, en Torres Estrada, P. (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Noriega-Limusa-EGAP-ITESM, 2006, pp. 58-61.

constitucionales se apliquen a todos aquellos que no hayan promovido u obtenido una sentencia de amparo favorable a sus intereses).

En el voto particular de la minoría durante el frustrado Constituyente de 1842, los diputados Otero, Espinosa de los Monteros y Muñoz Ledo plantearon un sistema de control constitucional a cual más de estatalista, pues la Corte escucharía a los ofendidos por los Ejecutivos y legislativos *locales*, dejando a salvo de control a los judiciales estatales y a los tres poderes federales. Estaba claro que era menester, tras la pérdida de Texas, robustecer al Estado central, y que contra este fin supremo no cabía alegar intereses individuales o ciudadanos. Ésa será también la tónica de las Bases Orgánicas de 1843, que abolieron no sólo al Supremo Poder Conservador, sino a todo tipo de control constitucional.

Y llegamos a 1847. Como se sabe, será el Acta de reformas de aquel año, con la bota yanqui sobre nuestro cuello, el instrumento que mexicanice y extienda el amparo a toda la república. El eclecticismo de la figura se hace patente en el artículo 25, que establece el amparo judicial para todo habitante de la república contra todo ataque a sus derechos *constitucionales y legales* por parte de los poderes Legislativo y Ejecutivo federales o locales (paradigma individualista), pero sin hacer “ninguna declaración general acerca de la ley o acto inconstitucionales” (expresión del paradigma estatalista que se ha dado en llamar, tristemente, “fórmula Otero”). No cabe amparo contra actos de los poderes judiciales, con lo que el paradigma judicial-historicista queda a salvo. Más sintomático aún: la declaración general de nulidad de las leyes se encarga (¿cabe estatalismo mayor?) a las legislaturas de los estados y al Congreso general (artículos 22-24). ¡Es la voluntad legislativa, que se pone por encima de un tímido atisbo de tribunal de constitucionalidad!

No quedó todo ahí: el colmo del estatalismo (ya irremediablemente impregnado de fuerte nacionalismo) vendrá con Ignacio Ramírez en el Constituyente liberal de 1857. El *Nigromante*, “tan facundo y tan audaz cuanto ignorante en materia constitucional”,³⁷ solicitó la abrogación del juicio de amparo por considerar que, en la República liberal ideal, los derechos fundamentales se protegerían por arte de magia, merced a la sabiduría perenne de la “opinión pública”, pero, sobre todo, en aras de no debilitar los poderes de un Estado que, tras las traumáticas experiencias de

³⁷ Tena Ramírez, F., *Derecho constitucional mexicano*, 28a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 504.

la invasión estadounidense y de la dictadura santanista, se quería muy fuerte. De haber hecho caso a Ramírez, el Constituyente de 1857 habría abandonado por completo la fundamentación individualista de las libertades y habría colocado a las leyes y a los actos administrativos por encima de la Constitución. México se habría asimilado así a la Europa continental de la época, que no apreciaba en la Constitución contenido normativo alguno. La soberanía del Estado mexicano quedaba, en cualquier caso, asegurada. No habría cabida para cosa semejante a la “soberanía de los derechos humanos”³⁸ que, en un Estado constitucional, es lo que en realidad cuenta.³⁹

En 1857 el amparo se extendió a las garantías individuales violadas por una autoridad judicial. Con ello el Poder Judicial quedaba, en franco abandono del historicismo, definitivamente debilitado frente a sus pares Ejecutivo y Legislativo. Y, como explicaría Rabasa en *El artículo 14*,⁴⁰ el amparo se alejaría de sus raíces garantistas para acercarse a la naturaleza de un juicio de casación. Pero, además, la Constitución de 1857 sistematizará la perversa tradición de permitir que la ley mediatice entre la nación y el goce pleno de los derechos de los nacionales: prácticamente todos los “derechos del hombre” quedan sometidos a lo que “prevenga la ley”.⁴¹ Mientras tanto, el Estado nacional mexicano se solidificará a través del obrar de Juárez, Díaz, Carranza, Obregón, Calles y Cárdenas, todos ellos presidentes de una República prácticamente unipersonal.

Resumiendo, podemos decir que el constitucionalismo mexicano ha transitado por el camino que le ha marcado un judicialismo histórico que parece individualista, pero que se matiza estatalistamente sobre todo a través de la “fórmula Otero”, diseñada para conservar las potestades estatales casi intactas, pues ya se sabe que un caso frente a mil no hace verano. Ha sido el nuestro un Estado prematuramente soberano que no se ha

³⁸ Estrada Michel, R., “Derrotar al mito: la soberanía de los derechos humanos”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 35, 2005, pp. 319-329.

³⁹ Para decirlo con Fioravanti, faltó “la sensibilità verso i diritti... e la solidità della soluzione statale”. Fioravanti, M., “Lo «stato moderno» nella dottrina della Costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)”, en varios autores, *Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milán, Giuffrè, 2003, p. 185.

⁴⁰ Rabasa, E., *El artículo 14 y el juicio constitucional*, 6a. ed., prólogo de F. J. Gaxiola, México, Porrúa, 1993.

⁴¹ Me he ocupado del tema en “1857: legicentrismo y nación”, de próxima aparición en el *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*.

hallado intrínsecamente limitado por la garantía de los derechos. Por eso nos cuesta tanto separarnos de principios como el de la relatividad de las sentencias de amparo. Hemos carecido de una sana “concepción dualista del Estado moderno” que sepa hacer jugar favorablemente al binomio “soberanía-derechos”.⁴² Lo trágico del asunto es que un Estado fuerte no ha servido ni para robustecer los derechos individuales ni los sociales⁴³ ni los que se suponen propios de la nación mexicana⁴⁴ ni tampoco para colocar al país en el sitio que su historia parecía augurarle.

¿Hacia dónde avanzar? Hacia la expulsión definitiva de los lastres históricos, hacia la derrota del eclecticismo cobarde, hacia la toma gallarda de decisiones, hacia la construcción de la utopía constitucional auténticamente mexicana (esto es, consciente de las especificidades de México, pero también y ante todo de los derechos de los habitantes del país), utopía que, en el caso, debería en mi concepto referirse a la estructuración de un Estado garantista que se olvide de soberanismos y entelequias legicentristas y se concentre en el buen hacer de los juzgadores constitucionales para dar paso a la dimensión sustancial de la constitucionalidad y de su control, dimensión que pasa por la recuperación del valor normativo-principalista de la Constitución y por el respeto a todos los derechos contenidos en el texto, labor inmensa que requiere de un buen número de garantías institucionales, jurídicas, políticas y culturales.

⁴² Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, nota 39, p. 186.

⁴³ Repárese en la advertencia de R. Alexy: “Quien pretenda escribir en la Constitución ideales políticos no justiciables, debe ser consciente de lo que se juega. Con una sola disposición en la Constitución no controlable judicialmente se abre el camino para la pérdida de su obligatoriedad”. Alexy, R., “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 33. Véase Carbonell, M., “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, M. y Salazar, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2005, pp. 171-207.

⁴⁴ Para el nacionalismo legicentrista del Constituyente de Querétaro, cfr. Rouaix, P., *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, prólogo de H. Hiariart Urdanivia, México, Comisión Federal de Electricidad, 1978.