

DIEGO VALADÉS  
MIGUEL CARBONELL  
*Coordinadores*

# **Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI**



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
CÁMARA DE DIPUTADOS. LIX LEGISLATURA



CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO  
DEL SIGLO XXI

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 29

---

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero  
Cuidado de la edición: Celia Carreón Trujillo  
Formación en computadora: Dante Javier Mendoza Villegas

# CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO DEL SIGLO XXI

*Coordinadores*  
Diego VALADÉS  
Miguel CARBONELL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
CÁMARA DE DIPUTADOS. LVII LEGISLATURA  
MÉXICO, 2004

Primera edición: 2000  
Primera reimpresión: 2004

DR © 2004 Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-7768-1

## CONTENIDO

Presentación . . . . .	9
------------------------	---

### LA CONSTITUCIÓN MEXICANA 83 AÑOS DESPUÉS

Constitución y minorías . . . . .	15
Miguel CARBONELL	
Constitución e información . . . . .	33
Jorge CARPIZO	
La representación constitucional en México . . . . .	63
José Ramón COSSÍO D.	
Evolución del control constitucional en México . . . . .	99
Héctor FIX-ZAMUDIO	
La Constitución y el poder . . . . .	137
Diego VALADÉS	

### CONSTITUCIONES Y PROCESOS CONSTITUYENTES EN IBEROAMÉRICA

Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999 .	171
Allan R. BREWER-CARIÁS	
Sobre la problemática constitucional en el Perú de hoy (reflexiones al inicio de 2000) . . . . .	195
Domingo GARCÍA BELAUNDE	
Transición democrática y nuevo orden constitucional. La Constitución guatemalteca de 1985 . . . . .	211
Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA	

Proceso constituyente y desarrollo constitucional en España . . .	233
José Antonio MONTILLA MARTOS	
La Constitución colombiana de 1991 . . . . .	261
Néstor OSUNA PATIÑO	
Humberto SIERRA PORTO	
Alexei Julio ESTRADA	
Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993 . . . . .	279
José F. PALOMINO MANCHEGO	

## PRESENTACIÓN

Con motivo del 83 aniversario de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Comisión de Estudios Legislativos de la Cámara de Diputados y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM decidieron convocar a un seminario internacional que llevó por título “El Constitucionalismo Latinoamericano del siglo XXI” y que tuvo lugar del 31 de enero al 4 de febrero del presente año en las instalaciones de la H. Cámara de Diputados. Las ponencias escritas de los participantes en dicho Seminario conforman el contenido del libro que el lector tiene entre sus manos.

El Seminario fue organizado de tal forma que se ofreciera una perspectiva sobre Iberoamérica en general y sobre México en particular. Para este propósito fueron invitados seis ponentes de cinco países que han tenido procesos constituyentes recientes o muy significativos. Es el caso de Venezuela en 1999, Guatemala en 1985, España en 1978, Colombia en 1991 y Perú en 1993. Los expositores extranjeros fueron Allan R. Brewer-Carías (Venezuela), Jorge Mario García Laguardia (Guatemala), José Antonio Montilla (España), Alexei Julio Estrada (Colombia), Domingo García Belaunde y José F. Palomino (Perú).

En el análisis de la Constitución mexicana participaron Jorge Carpizo “Constitución e información”, Miguel Carbonell “Constitución y minorías”, Diego Valadés “Constitución y poder”, José Ramón Cossío “Constitución y democracia” y Héctor Fix-Zamudio “El control de constitucionalidad”.

El objetivo del Seminario fue ampliamente cubierto. Se trató de conocer, de viva voz, la experiencia que se ha producido en países que han tenido cambios constitucionales de primera magnitud en épocas recientes. A los ponentes extranjeros no solamente se les solicitó que hicieran una descripción de sus respectivos sistemas constitucionales, sino que, además, realizaran una exposición de lo que ha funcionado y de aquello con lo que han tenido problemas. De esa forma, durante las exposiciones los ponentes pudieron abundar en las ventajas y desventajas de los tribunales



constitucionales, de los consejos de la magistratura, de los avances y riesgos de la democracia directa, de la organización territorial del Estado, de las formas difíciles de reconocimiento del pluralismo interno, etcétera. Lo anterior suministró una visión teórica y práctica del funcionamiento de los respectivos sistemas constitucionales, pero sobre todo, cumplió con la misión de debatir acerca de diversas experiencias y del proceso de renovación institucional que vive México.

Los ponentes nacionales abordaron los temas que ya se han mencionado desde una doble perspectiva: por un lado, relataron el estado actual de la cuestión, es decir, la forma en que la Constitución de 1917 recoge cada uno de los temas asignados; por el otro, realizaron un ejercicio de previsión institucional para tratar de imaginar los caminos por los que podría seguirse desarrollando el constitucionalismo mexicano. Con ello se intentó no solamente obtener una radiografía de los principales temas de los que se debe ocupar la ciencia constitucional mexicana, sino también, proporcionar herramientas y reflexiones sobre lo que podrían ser las tareas fundamentales de los próximos años. Dichas tareas, que son muchas y muy importantes como se podrá observar con la lectura de los textos recogidos en este libro, deberán ser acometidas tanto por los especialistas teóricos como por los responsables políticos.

Además de lo anterior, el Seminario también tuvo por objetivo destacar la necesidad y el valor del diálogo. Frente a los tiempos agitados que se están viviendo en México, creemos que vale la pena no perder de vista lo mucho que pueda lograrse hablando, simplemente hablando, es decir, debatiendo con ideas y propuestas. Hoy, como nunca, la sociedad mexicana necesita reconocerse ella misma en el valor de la tolerancia y la discusión serena, donde los antagonistas no sean considerados enemigos a los que hay que nulificar.

En la construcción de la tolerancia y el diálogo las Constituciones tienen mucho que decir. Los textos constitucionales son el marco de referencia para todos los actores fundamentales del escenario político nacional. Esos textos organizan y distribuyen las funciones de los órganos del poder público y garantizan los espacios de libertad y los derechos de los ciudadanos. Lo anterior no obsta para reconocer que es necesario seguir avanzando en las reformas constitucionales necesarias para la consolidación democrática del país, para atender una serie de inquietudes y reacomodos sociales que son imposibles de negar y que deben ser efectivamente regulados por la carta fundamental. En esa línea se encuentran las

actuales discusiones sobre la relación entre los medios de comunicación masiva y los ciudadanos, sobre los equilibrios entre los órganos del Estado y sus respectivos controles, sobre el reconocimiento de la pluralidad política, étnica y cultural de la nación mexicana, sobre la necesidad de contar con una cultura constitucional que permita la consolidación de la democracia y sobre las formas y procedimientos necesarios para garantizar que la Constitución sea ante todo una norma jurídica y no una serie de postulados semánticos.

Sobre todos estos temas fundamentales y sobre las experiencias que se han producido en otras naciones cercanas, podrá encontrar el lector abundantes referencias en las páginas que siguen.

Solo nos resta agradecer sinceramente la colaboración y buena disposición de todos los ponentes y destacar el apoyo decidido del presidente de la Cámara de Diputados, diputado Francisco José Paoli Bolio, del presidente de la Comisión de Estudios Legislativos, diputado Enrique Ibarra Pedroza y del secretario técnico de la misma Comisión, licenciado José Luis Herrera.

Diego VALADÉS  
Miguel CARBONELL  
*Coordinadores*

Ciudad Universitaria, México D. F., febrero de 2000

## CONSTITUCIÓN Y MINORÍAS

Miguel CARBONELL\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Minorías y pluralismo político: lo que tenemos y lo que falta*. III. *Las minorías culturales: el reto de la convivencia*. IV. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo contempla a las minorías desde una triple perspectiva. Por un lado, el constitucionalismo tutela y protege los derechos de esa minoría esencial, irreductible, que es el ser humano individual, a través del reconocimiento de los derechos fundamentales; en segundo lugar, el constitucionalismo se ha encargado, desde sus orígenes, de asegurar un estatus mínimo para las *minorías políticas*, es decir, para los grupos que no tienen el poder político en un momento y un espacio geográfico determinados, pero que aspiran a tenerlo en el futuro. Finalmente, el constitucionalismo de reciente factura se ha preocupado por ir propiciando las condiciones para reconocer la existencia y procurar los derechos de las *minorías culturales o étnicas*, o sea, de aquellas que tienen una cultura o un origen étnico distinto del mayoritario dentro de un Estado.

El objeto de este trabajo es hacer una revisión muy somera del estado que guardan dentro del sistema constitucional mexicano los dos últimos aspectos mencionados, es decir, el de las minorías políticas y el de las minorías culturales. La problemática del reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, que son derechos *contramayoritarios* en la medida en que no se encuentran a la disposición de las mayorías que coyunturalmente ocupan el Poder Legislativo dentro de un Estado,<sup>1</sup> es muy amplia y debe ser abordada por separado en otro trabajo.

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

1 De hecho, como señala Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales, “no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tan-

La temática de las minorías políticas y de las minorías culturales ha tomado gran relevancia en los últimos años, en la medida en que se han ido acentuando el pluralismo y la complejidad de las sociedades contemporáneas. Hoy en día es imposible aspirar a gobernar un Estado sin tomar en cuenta a los grupos minoritarios; las minorías se han convertido, con más intensidad que antes, en actores fundamentales de los procesos políticos dentro de los Estados-nación e incluso en el sistema internacional. Sin embargo, el reconocimiento jurídico —y sobre todo constitucional— que se ha hecho de esas minorías todavía no parece reflejar la importancia mencionada, seguramente como resultado del escaso nivel de consenso tanto teórico como práctico, que se ha producido en torno al tema.

En México el debate sobre el tema también se ha vuelto intenso en los últimos años. Por lo que hace a las minorías políticas, habría que recordar los avances en el proceso de transición democrática, el desmantelamiento progresivo del régimen de partido hegemónico y la consolidación de un incipiente sistema de partidos políticos.<sup>2</sup> En cuanto a las minorías culturales y étnicas, a partir de 1994 se ha producido un aumento de la atención sobre los grupos indígenas y los derechos diferenciados que se les deberían reconocer. De hecho, las discusiones sobre el tema que culminaron con la presentación de diversas iniciativas de reforma constitucional y con los llamados “Acuerdos de San Andrés”,<sup>3</sup> suponen o pueden suponer, en un futuro no muy lejano, el principio de un acuerdo que llevaría adelante el reconocimiento de un estatus constitucional diferenciado para los indígenas mexicanos, mucho más completo y profundo que el que tienen algunos otros países.

## II. MINORÍAS Y PLURALISMO POLÍTICO: LO QUE TENEMOS Y LO QUE FALTA

Una forma útil, y a la vez obvia, de posibilitar el reconocimiento y coexistencia de las minorías políticas es darles la facultad de que participen en el proceso político nacional. Participar en dicho proceso no signi-

to públicos como privados”, “Derechos fundamentales”, trad. de Perfecto Andrés, en Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 39.

2 En general, sobre este proceso complejo, Meyer, Lorenzo, *Fin de régimen y democracia incipiente. México hacia el siglo XXI*, México, Océano, 1998, entre otros.

3 Al respecto puede verse Cossío, José Ramón *et al.*, *Derechos y cultura indígenas. Los dilemas del debate jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1998.

fica nada más tener derecho a la libertad de expresión, de reunión y de tránsito, sino contar con mecanismos efectivos de acceso a los cargos públicos y a los procedimientos jurídicos propios de un Estado constitucional de derecho.

En México es en 1963, al crearse la figura de los entonces llamados “diputados de partido”, cuando se constitucionalizan los partidos políticos y se empieza a incorporar a los minoritarios a la arena política y, concretamente, a la legislativa.<sup>4</sup> Antes de esa fecha la Constitución no les daba ningún reconocimiento a los partidos.<sup>5</sup>

Desde entonces, el estatus de las minorías políticas ha crecido cualitativa y cuantitativamente. Algunos de los aspectos constitucionales que reflejan ese crecimiento son los siguientes:

1. Hoy los partidos son reconocidos como “entidades de interés público”, es decir, como sujetos que ocupan un espacio intermedio que la Constitución ha abierto entre los poderes públicos y los particulares; en esa virtud, reciben un tratamiento jurídico que les reporta diversas facilidades para poder cumplir con los cometidos o fines que la propia carta fundamental les asigna y que, como se sabe, son promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y hacer posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio de los poderes públicos (artículo 41, fracción II constitucional). Junto a los partidos la legislación electoral contempla otra forma de participación a través de las llamadas *agrupaciones políticas nacionales*, que son una especie de “partidos en potencia”, pero que también contribuyen a reflejar los intereses y la participación política de grupos sociales relevantes dentro de la sociedad mexicana.<sup>6</sup>

2. Existen reglas claras y precisas para la creación de nuevos partidos, cuyo reconocimiento jurídico no se encuentra sometido a considera-

4 Véase Valadés, Diego, “El Poder Legislativo mexicano”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 4, julio-agosto de 1978; *idem*, “El control interorgánico entre los poderes Legislativo y Ejecutivo en México”, en la obra colectiva *El sistema presidencial mexicano (Algunas reflexiones)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, entre otros.

5 Una descripción del desarrollo que ha tenido el sistema de partidos en México puede verse en Woldenberg, José, “Sistema político, partidos y elecciones en México”, en Aguirre, Pedro, Begué, Alberto y Woldenberg, José, *Sistemas políticos, partidos y elecciones*, México, Trazos-Instituto de Estudios para la Transición Democrática, 1993.

6 El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) dispone en su artículo 33 que “Las agrupaciones políticas nacionales son formas de asociación ciudadana que coadyuvan al desarrollo de la vida democrática y de la cultura política, así como a la creación de una opinión pública mejor informada”.

ciones de carácter político, sino que se rige por normas jurídicas<sup>7</sup> y actos de autoridad que son plenamente justiciables en la medida en que existe una jurisdicción electoral que decide en última instancia sobre las resoluciones que en esa materia toman las autoridades electorales de carácter administrativo (artículo 99 constitucional). Una vez creados, tanto los partidos políticos como las *agrupaciones políticas nacionales* tienen derecho a financiamiento público y a una serie de prerrogativas entre las que destaca el acceso a los medios de comunicación masiva.<sup>8</sup>

3. Los representantes de todos los partidos políticos concurren al Consejo General del Instituto Federal Electoral, con voz pero sin voto (artículo 41, fracción III, constitucional). Esta concurrencia es importante ya que les permite a los partidos supervisar las tareas del Instituto y participar en la organización de los comicios.

4. Las minorías parlamentarias tienen la posibilidad de realizar algún tipo de control político sobre el Poder Ejecutivo con base en lo establecido por el artículo 93 constitucional, que faculta a las Cámaras del Congreso, a petición de una cuarta parte de sus miembros, tratándose de la de Diputados, y de la mitad, tratándose de la de Senadores, para integrar comisiones con el objeto de investigar el funcionamiento de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria.<sup>9</sup>

5. Las minorías parlamentarias, tanto en el caso del Senado y de la Cámara de Diputados, como en el de las legislaturas locales y el de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, pueden impugnar los productos normativos aprobados por la mayoría de sus respectivos órganos legislativos a través de la acción de inconstitucionalidad.<sup>10</sup> La Constitución exige que sea el 33% de los integrantes de cada órgano constitucional según corresponda, los que inicien una acción de inconstitucionalidad, lo cual les da la posibilidad a las minorías parlamentarias de extender sus razonamientos jurídicos contrarios a la aprobación de una determinada ley o tratado has-

7 Véanse los artículos 24-32 del COFIPE.

8 Sobre este último punto, véanse los artículos 42-48 del COFIPE.

9 En general, sobre el tema del control parlamentario, Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995; Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998 y Pau Vall, Francesc (coord.), *Parlamento y control del gobierno. V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona, Aranzadi Editorial, 1998.

10 Sobre el tema, Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 86 y ss., y Brage, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, ambos con amplia bibliografía sobre el tema.

ta los terrenos jurisdiccionales. De las acciones de inconstitucionalidad conoce el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 105 constitucional).<sup>11</sup>

Lo anterior supone una enunciación somera, ejemplificativa solamente, del tratamiento que la Constitución le otorga a las minorías. Ahora bien, del reconocimiento de lo mucho que se ha avanzado no se puede deducir que estemos en el mejor de los mundos posibles ni que no existan una gran cantidad de cuestiones que todavía faltan por implementar para poder asestrar a las minorías una verdadera y efectiva participación política.

Varias de esas cuestiones pendientes se ubican en el campo electoral y otras en el procesal o de defensa de la Constitución.<sup>12</sup> Además, en casi todos los casos recogidos en los cinco incisos mencionados hay una deficiente instrumentación práctica de la participación de las minorías, lo cual quiere decir que no se ha explotado, por muy diversas razones, el potencial que contienen las normas constitucionales y legales referidas. En este sentido se puede recordar el escaso nivel de debate demostrado por algunos partidos en el Consejo General del IFE, la carencia de argumentos en los recursos que esos mismos partidos interponen ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la falta de pericia técnica en las labores de control político de los organismos descentralizados por parte de las minorías parlamentarias, etcétera, todo derivado, seguramente, de la falta de experiencia y de rodaje democráticos de los propios grupos minoritarios, lo cual es consecuencia, a su vez, de las escasas posibilidades de participación que han tenido las minorías durante los más de setenta años en que ha dominado la escena política nacional un partido hegemónico.

Algunas Constituciones extranjeras aseguran un estatuto constitucional para la oposición, de modo que la o las minorías políticas tengan —por mandato de la Constitución— asegurados una serie de derechos. Tal es el caso, por mencionar un ejemplo, de la Constitución colombiana de 1991, que en su artículo 112 dispone:

11 Véase, además de las obras citadas en la nota anterior, Cossío, José Ramón, “Artículo 105”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 14a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 1051 y ss.

12 Por lo que respecta a este último punto, véase Fix-Fierro, Héctor, “La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, *Ars Iuris*, México, núm. 13, 1995; una parte de la agenda política pendiente, que desde luego tiene que ver con las minorías y sus posibilidades de actuación real dentro del sistema jurídico-constitucional mexicano, ha sido recogida en Valadés, Diego, *El control del poder*, cit., pp. 337 y ss.

Los partidos y movimientos políticos que no participen en el gobierno podrán ejercer libremente la función de crítica frente a éste y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se les garantizan los siguientes derechos: de acceso a la información y a la documentación oficiales; de uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; de réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales, y de participación en los organismos electorales...

La misma Constitución colombiana también suministra un ejemplo del aseguramiento constitucional de la representación política de alguna minoría determinada. En este caso se trata de las minorías indígenas. El artículo 171 de dicha carta fundamental dispone que en el Senado habrá dos senadores elegidos en una circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. Los aspirantes a esas dos senadurías deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional o haber sido líderes de una organización indígena.

### III. LAS MINORÍAS CULTURALES: EL RETO DE LA CONVIVENCIA<sup>13</sup>

La problemática que presentan las minorías políticas, con todo y ser ardua y compleja, no se acerca ni por asomo a las dificultades, en verdad riesgosas, que contiene todo lo relativo a las minorías étnicas o culturales.

El tema del multiculturalismo ha supuesto un reto de la mayor entidad para el constitucionalismo de finales del siglo XX y lo seguirá siendo en el siglo XXI. De hecho, quizá no sea exagerado sostener que el siglo XXI, que ahora inicia, va a ser el siglo de las minorías culturales. Y esto va a suceder, con toda probabilidad, por varias razones. Algunas de ellas ya se venían incubando, como es obvio, desde el siglo XX, pero otras tendrán que ver con el cada vez más omnipresente fenómeno de la llamada globalización.

13 En este punto sigo lo dicho en Carbonell, Miguel, "Constitución, minorías y derechos", en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 247-270.



En la segunda mitad del siglo XX vimos aparecer en el mapa geopolítico mundial a una cantidad enorme de naciones. En muchos casos, el surgimiento de nuevos Estados fue producto de los procesos de descolonización de los imperios europeos tradicionales. En otros, como en el caso de las repúblicas que integraban la antigua URSS, las nuevas naciones fueron resultado de movimientos de segregación territorial dentro de Estados que parecían consolidados. Solamente de lo que eran la Unión Soviética y Yugoslavia se han desmembrado, por lo menos, veinte nuevas naciones.<sup>14</sup>

Hoy en día muchos de los conflictos bélicos del planeta se deben a cuestiones que tienen que ver con reivindicaciones nacionalistas y culturalistas de todo tipo. Desde Chechenia hasta el País Vasco, desde Irlanda hasta Palestina, desde Chiapas hasta Québec, en muchos lugares del mundo se están gestando y buscando consolidarse nuevas naciones, nacionalidades y culturas. En el fondo de los movimientos señalados se observa una sola matriz: los derechos de las minorías para determinar su propia forma de auto organización y desarrollo.

Y no parecen ser, los ejemplos mencionados, más que el principio de un largo camino que buena parte de la humanidad tendrá que recorrer durante el siglo XXI. De acuerdo con un cálculo de Will Kymlicka de hace unos años, en los 184 Estados independientes que hay en el mundo existen unos 600 grupos de lenguas vivas y 5000 grupos étnicos.<sup>15</sup>

### 1. *Del Estado uninacional al Estado pluriétnico*

La construcción típica de los Estados se ha basado, si se toman en cuenta las cifras de Kymlicka, en un dato falso: que dentro de cada Estado había una sola nación, un solo pueblo y una sola cultura. Hoy la realidad parece demostrar que la pluralidad que se observa en casi todos los países del orbe no es solamente de carácter político, sino sobre todo cultural y étnica.<sup>16</sup>

Los grupos minoritarios han hecho de la “cuestión nacional” un tema por el que se ha derramado una cantidad de sangre impensable hasta hace

14 Barber, Benjamin, *Jihad vs. McWorld. How globalism and tribalism are reshaping the world*, Nueva York, Ballantine Books, 1996, p. 8.

15 *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 13.

16 Benjamin Barber sostiene que en el mundo tumultuoso del presente los verdaderos protagonistas no son los Estados, sino las tribus, muchas de las cuales, además, se encuentran en guerra entre ellas; *Jihad vs. McWorld, cit.*, p. 8.

muy poco tiempo. Las diferencias entre las culturas, en palabras de Samuel P. Huntington, producirán las guerras del futuro, el llamado “choque de civilizaciones”.<sup>17</sup> Esas diferencias han producido en los últimos años del siglo XX, para citar solamente dos casos que forman parte de la historia del horror, la matanza de medio millón de Hutus en Ruanda o la reaparición de los campos de concentración y exterminio dentro de la ex Yugoslavia, en pleno corazón de la democrática Europa.

Las energías nacionalistas y culturalistas, nos recuerda Daniel Bell, parecían haberse adormecido bajo la tensión que supuso el largo periodo de la guerra fría. Pero a la caída del muro de Berlín y, junto con el, del imperio soviético, han resurgido con una fuerza inusitada.<sup>18</sup>

Por lo anterior, en muchas Constituciones contemporáneas se han ido incorporando derechos que reconocen el pluralismo cultural y le otorgan prerrogativas a las minorías.<sup>19</sup> Tal es el caso de la Constitución de Bélgica que, a partir del texto refundido de 1994, establece que las leyes deberán asegurar los derechos y las libertades de las minorías ideológicas y filosóficas. Varias Constituciones tutelan la pluralidad lingüística, reconociendo con ello uno de los elementos clave de las construcciones nacionalistas: la lengua. En ese supuesto se encuentran la Constitución de Italia (artículo 6o.), la de Finlandia (artículo 14), la de España (artículo 3o.) y la reciente Constitución de Venezuela de 1999 (artículo 9o.), entre otras. En México, el artículo 4o. de la Constitución de 1917 también recoge un reconocimiento explícito a las lenguas indígenas y le impone al legislador la obligación de proteger y promover su desarrollo.

El reto mayor al que se enfrentan los Estados multiculturales es dar acomodo a las diferencias, manteniendo sin embargo, un estándar mínimo de derechos de forma que no se rompa el sentido esencial de la comunidad ni se produzcan discriminaciones. Una fórmula que ha probado su eficacia en este terreno ha sido la organización federal de Estado. El federalismo permite y tutela las diferencias regionales, promueve el autogo-

17 *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 1997.

18 Bell, Daniel, “Las muchas facetas del siglo XX”, *Letras libres*, México, núm. 10, octubre de 1999.

19 Aunque la tutela y desarrollo de algunos grupos minoritarios se ha dado también, en paralelo al reconocimiento en los textos constitucionales, por la labor de los pronunciamientos judiciales y por las distintas construcciones doctrinales. Sobre esto pueden encontrarse varios ejemplos en los trabajos reunidos en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1999.

bierno de las regiones, pero mantiene unido a un Estado bajo ciertos principios comunes.<sup>20</sup>

## 2. *Los olvidos del multiculturalismo.*

En el debate sobre la forma de acomodo de las minorías culturales y étnicas en los Estados-nación se han producido algunos olvidos que en nada han contribuido al entendimiento de procesos tan complejos como el que representa el multiculturalismo, y que quizá sea útil explicitar en este momento.

En primer término habría que señalar la íntima relación que parece haber entre la violencia de las reivindicaciones nacionalistas y culturales y el grado de democratización del Estado. Para decirlo en otras palabras, en la medida en que un Estado sea más democrático tendrá mayor capacidad de procesamiento pacífico de las diferencias culturales y étnicas y viceversa, a mayor autoritarismo es más probable que las reivindicaciones de las minorías tomen formas violentas, incluyendo desde luego la lucha armada. Esto resulta importante subrayarlo porque una primera bandera de los nacionalistas debería ser la democracia, pues es probable que sin un sistema democrático no existan los medios suficientes para llevar a cabo el debate sobre los derechos de las minorías.

De hecho, la experiencia histórica parece ofrecer pruebas contundentes de que han sido los regímenes autoritarios y totalitarios —de los que el siglo XX ha podido ofrecer una gama bastante completa— los que más han enarbolado las banderas de la unidad nacional y cultural (e incluso racial en casos extremos), negando de esa forma las posibilidades de expresión de las minorías y reprimiéndolas en no pocos casos. Por el contrario, los regímenes democráticos se han basado —con distinta intensidad y grado— en principios de tolerancia y convivencia que han permitido el acomodo y la coexistencia pacífica de las minorías y de sus formas de entender el mundo.<sup>21</sup>

20 Véanse las observaciones de Kymlicka, quien señala que en principio no hay una conexión necesaria entre federalismo y diversidad cultural, *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 49 y el trabajo de Stepan, Alfred, “Democrazia e federalismo. Un’analisi comparata”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, año XXVIII, abril de 1998.

21 Un ejemplo interesante en este sentido, y que supone tal vez un “caso límite” de tolerancia dentro de un sistema democrático, es el que se ha dado en el caso de las comunidades Amish en Estados Unidos y su rechazo a “la modernidad” y sus consecuencias. El problema y las respuestas de la Corte Suprema de Estados Unidos se encuentra en Burt, Robert, “Desarrollando derechos constitucionales de, en y para los niños”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, cit., pp. 169 y ss.

Como nos recuerda José Antonio Aguilar Rivera, “los nacionalismos salvajes, en el mundo actual, comparten una característica común: ocurren y seguirán ocurriendo en Estados donde existan regímenes políticos autoritarios”.<sup>22</sup>

Un segundo olvido del debate multiculturalista tiene que ver con el contexto socioeconómico en el que se produce. En efecto, no es lo mismo reivindicar formas de autogobierno en Québec, que pedir un mínimo de respeto a la dignidad humana de los grupos indígenas en Chiapas. Los contextos socioeconómicos y las condiciones más elementales de vida son completamente distintas en Canadá y en México. En esa medida, el debate sobre las diferencias culturales no puede pasar por alto el grado de desigualdad social al que se enfrentan muchos grupos minoritarios. El caso de los indígenas en México quizá pueda servir para ilustrar el hecho de que, antes que las diferencias derivadas del multiculturalismo o junto con ellas, debemos remontar algunas desigualdades ancestrales.

Una tercera precondition del debate sobre las minorías gira en torno a los términos empleados en el propio debate. La cuestión es relativamente sencilla de plantear desde la teoría, pero muy complicada de resolver en la práctica: en sociedades complejas y plurales como las que integran los Estados multiculturales contemporáneos, ¿cuáles son los datos que debemos tomar en cuenta para reconocer los derechos culturales?, o en otras palabras, ¿cuáles van a ser los parámetros para identificar una cultura a efecto de tutelar los derechos específicos de sus miembros? ¿Debemos proteger a todas las culturas minoritarias —por ejemplo otorgando subvenciones para la enseñanza bilingüe en las escuelas públicas—, con independencia del grado de sincretismo cultural que hayan desarrollado o solamente a aquellas que no hayan sido contaminadas por los “procesos de colonización”? ¿qué hacemos en los Estados en que existe, como es el caso de México, un gran porcentaje de la población que es “mestiza”? ¿en fin, ¿qué elementos definen una cultura?<sup>23</sup>

22 “La casa de muchas puertas: diversidad y tolerancia”, *Los valores de la democracia*, México, Instituto Federal Electoral, 1998, p. 15, reproducido en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, *cit.*, pp. 223-246.

23 Sobre estas interrogantes véase Comanducci, Paolo, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 3, octubre de 1995 reproducido en Carbonell, Miguel, *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, *cit.*, pp. 185-226; Olivé, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, México, Paidós-UNAM, 1999, y Garzón Valdés, Ernesto, “El problema ético de las minorías étnicas”, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, reproducido también en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *op. cit.*, pp. 147-170.

### 3. *Un Estado (global) para las minorías*

Como se puede observar, la temática es muy compleja, pero encierra uno de los principales retos para el pensamiento social y para la acción política actuales. La globalización ha tenido por lo menos dos efectos sobre el tema de las minorías culturales. Por una parte, al desarrollar los medios de transporte y facilitar el tránsito de personas entre las distintas partes del planeta, ha permitido la implantación de un gran porcentaje de minorías dentro de Estados anteriormente uninacionales (el ejemplo tal vez más representativo al respecto es el de la minoría hispánica en los Estados Unidos, donde los hispanoparlantes sobrepasan ya los 30 millones de personas).<sup>24</sup> Por otro lado, la globalización y sus “efectos colaterales” como el crecimiento expansivo de los mercados y la imposición planetaria de una serie de valores sociales y de pautas culturales, parecen haber producido un “retorno a la comunidad”, un redescubrimiento del valor de lo propio, de lo distinto o de lo antiguo.

El paradigma de Estado que necesita el siglo XXI tiene que ver con la recepción y promoción de las minorías —los inmigrantes en busca de comida y trabajo en las fronteras de Europa, los refugiados de guerra en el África septentrional, los desplazados por el rediseño de las fronteras en los países que vivían bajo la influencia del sistema soviético en Europa del Este, los migrantes temporales de México hacia Estados Unidos, etcétera—, pero también con el acomodo a los ritmos de una globalización a la que nadie debe ignorar y que a nadie debe tomar por sorpresa. Quizá la lucha se pueda sintetizar en el elocuente título del magnífico ensayo —como todos los suyos— de Benjamin Barber ya citado: *Jihad vs. McWorld*, es decir, la pertenencia cultural contra algunos estándares que se sueñan universales y que, en efecto, parecen haber impactado en buena parte del planeta.

### 4. *Las respuestas constitucionales al multiculturalismo*

Llegados a este punto resultaría ilusorio tratar de negar el papel fundamental que pueden y deben jugar las Constituciones en el proceso de reconocimiento, adaptación, tutela y, en su caso, promoción del multicultu-

<sup>24</sup> Barber señala a los Estados Unidos como un ejemplo de “multiculturalismo benigno”, aunque no deja de reconocer los muchos problemas que derivan de esa convivencia multiétnica; *Jihad vs. McWorld*, cit., pp. 211 y ss.

turalismo. Al tratarse de un debate que gira principalmente sobre el tema de los derechos, tanto la teoría constitucional como los propios textos constitucionales deben sentirse concernidos y, en esa virtud, tratar de aportar propuestas de regulación del fenómeno multiculturalista.

Para poder entender las posibles respuestas que puede ofrecer el sistema jurídico a los planteamientos multiculturalistas habría que empezar distinguiendo entre el concepto de “diferencias” y el de “desigualdades”. Las primeras, de acuerdo con Luigi Ferrajoli, son los rasgos específicos que distinguen y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades, ya sean económicas o sociales, también según el mismo autor, son las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus *derechos patrimoniales*, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras conforman las distintas *identidades*, mientras que las segundas configuran las diversas *esferas jurídicas*.<sup>25</sup> La distinción es pertinente en la medida en que suelen ir de la mano el no reconocimiento cultural con fuertes discriminaciones y situaciones sociales de infraprivilegio,<sup>26</sup> lo cual puede conducir a que se confundan unas y otras y no se aborden los problemas (y sus correspondientes soluciones) por separado.

En ambos casos el aseguramiento de los derechos que permitan las diferencias (en tanto que constituyen identidades y son por tanto la concretización de la autonomía moral de las personas) y que combatan las desigualdades (al menos aquellas que sean ilegítimas) pueden derivar en obligaciones negativas y positivas a cargo de los poderes públicos.

Para Ferrajoli hay cuatro “modelos” de relación entre el derecho y las diferencias:<sup>27</sup>

- A. El primero es el modelo de la “indiferencia jurídica de las diferencias”; para este modelo las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, simplemente se les ignora. Se trata del paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje. En realidad ni siquiera se podría hablar, en sentido estricto, de una relación entre el derecho y las diferencias, pues en este caso las diferencias no existirían como objeto de regulación jurídica.

25 “Igualdad y diferencia”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 82.

26 Habermas, Jürgen, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 192.

27 “Igualdad y diferencia”, cit., pp. 74-76.

- B. El segundo modelo es el de la “diferenciación jurídica de las diferencias”, de acuerdo con el cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras; aquellas que son valorizadas (como las identidades por razón de sexo, de nacimiento, de lengua, de fe religiosa, de renta, etcétera) resultan asumidas como estatus privilegiados y como fuentes de derechos y poderes. Las diferencias que no son valorizadas (por ejemplo, mujer, judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etcétera) se convierten en estatus discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción, o a veces incluso de persecución. En este caso estaríamos frente al supuesto de los ordenamientos paleoliberales del siglo pasado que, por ejemplo, reservaban el derecho al voto a los varones, blancos y terratenientes, a la vez que reconocían el derecho a la esclavitud o negaban la personalidad jurídica de las mujeres.
- C. El tercer modelo es el de la “homologación jurídica de las diferencias”, según el cual las diferencias son negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Se trata del modelo de serialización llevado a cabo por los diversos socialismos reales y burocráticos. En este modelo se lleva a cabo una homologación, neutralización e integración de todos, que elimina normativamente las diferencias y asume una identidad —en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa— como “normal” y al mismo tiempo como “normativa”.
- D. El cuarto modelo es el de la “igual valoración jurídica de las diferencias”; se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaz de asegurar su efectividad. De acuerdo con Ferrajoli, este modelo no ignora las diferencias sino que al asegurar la igualdad de todos en los derechos fundamentales, permite la afirmación y tutela de la propia identidad en virtud del reconocimiento del igual valor de todas las diferencias. Los derechos fundamentales —los de libertad, pero también los sociales— deberían permitir a cada persona y a cada grupo mantener y desarrollar su propia identidad, ya sea en forma individual o colectiva. Obviamente, Ferrajoli asocia el éxito de este modelo a la posibilidad de que existan garantías efectivas para hacer realidad los derechos.

## 5. *La respuesta del ordenamiento jurídico mexicano*

Si quisieramos ubicar al sistema constitucional mexicano dentro de alguna o algunas de las cuatro categorías que nos ofrece Ferrajoli, seguramente lo tendríamos que poner a mitad de camino entre la segunda y la cuarta.

En efecto, a partir de la reforma constitucional al artículo 4o. que dio reconocimiento a las lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización de los pueblos indígenas, se creó un estatus diferenciado que valoriza una determinada identidad o pertenencia —la indígena— y que, en esa medida, le otorga un tratamiento jurídico distinto al de los otros sujetos del ordenamiento jurídico. El primer párrafo del mismo artículo 4o. dispone que “En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte (se refiere a los pueblos indígenas), se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley”.<sup>28</sup> Por lo señalado, las disposiciones anteriores podrían re-

28 Mucho más detallado es el texto de los artículos 329 y 330 de la Constitución colombiana de 1991, que crean un estatuto indígena diferenciado a partir del reconocimiento de derechos de las étnias sobre ciertos territorios. El primero de esos preceptos dispone: “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional ... Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable ...”.

Otro ejemplo interesante, en el mismo sentido, lo constituyen los artículos 119-126 de la Constitución venezolana de 1999. Por su posible interés y por lo llamativos —para decirlo de alguna manera— que resultan algunos de ellos, vale la pena transcribirlos.

Artículo 119: “El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho de propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley”.

Artículo 120: “El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley”.

Artículo 121: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones”.

Artículo 122: “Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos”.



conocerse dentro de la categoría de la “diferenciación jurídica de las diferencias” de Ferrajoli.

Ahora bien, también hay que reconocer que el tratamiento diferenciado hacia los pueblos indígenas se da a partir de la igualdad en la titularidad y en el ejercicio de los derechos fundamentales dispuesto por el artículo 1o. de la misma Constitución. En este sentido, la Constitución de 1917 no les niega el reconocimiento a las distintas identidades, pero asegura la igualdad de todos en los derechos fundamentales y en la tutela de esas identidades. Esto hace que el ordenamiento constitucional mexicano quepa también dentro de la categoría de “la igual valoración de las diferencias” expuesta por Ferrajoli.

Ahora bien, lo cierto es que la ubicación del sistema constitucional mexicano en esas dos categorías o clasificaciones no deja de ser problemático. En primer lugar, porque aunque se ha efectuado a nivel constitucional una “diferenciación de las diferencias” a favor de los pueblos indígenas, todavía falta por llevar ese mandato abstracto hasta el nivel legislativo o, incluso, profundizarlo desde el mismo texto constitucional.<sup>29</sup>

En segundo término, porque la cuarta categoría de Ferrajoli no supone solamente el igual reconocimiento de los derechos fundamentales de

Artículo 123: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que establece la legislación laboral”.

Artículo 124: “Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales”.

Artículo 125: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley”.

Artículo 126: “Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional”.

“El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional”.

Un comentario a estos artículos puede verse en Brewer Carías, Allan R., *La Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Arte, 2000, pp. 195 y ss.

29 Los distintos puntos de vista y propuestas sobre el tema se han sintetizado en Cossío, Franco y Roldán, *op. cit.*, nota 3.

todos los habitantes de un Estado, sino también un sistema efectivo de garantías para hacer realidad esos derechos y, en este último punto, el ordenamiento jurídico mexicano todavía tiene una serie de déficit muy relevantes. Particularmente, hay dos problemas que afectan de manera sustancial al sistema de garantías de la Constitución y, uno de ellos por lo menos, rompe la esencia de la igualdad de todos frente a los derechos fundamentales.

El primero es la disfuncionalidad enorme que supone la existencia de la llamada “Fórmula Otero” (consagrada en la fracción II del artículo 107 constitucional), de acuerdo con la cual las declaraciones de inconstitucionalidad de normas generales que haga la Suprema Corte al resolver un juicio de amparo benefician solamente a quien promovió ese juicio y no a las demás personas que se encuentren en la misma posición.<sup>30</sup> El segundo problema es la gran cantidad de derechos fundamentales (sobre todo de carácter social, económico y cultural) y de postulados constitucionales que no cuentan en la actualidad con ningún mecanismo efectivo de preservación para el caso de ser violados.<sup>31</sup> Este último punto, en particular por lo que respecta a los derechos sociales, es compartido con otros ordenamientos jurídicos,<sup>32</sup> pero no por ello resulta menos urgente señalarlo como problema y tratar de ir construyendo un sistema de garantías mucho más completo y efectivo.

En cualquier caso conviene recordar que para que efectivamente se produzca una “igual valoración jurídica de las diferencias” a partir de un igual reconocimiento de los derechos fundamentales, hay que hacer que

30 Un buen panorama de la cuestión y algunas sugerencias para superarla en Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 183 y ss.

31 Arteaga, Elisur, *Constitución política y realidad*, México, Siglo XXI, 1997, así como Carbonell, Miguel, “La Constitución de 1917 hoy: cinco retos inmediatos”, en la obra colectiva *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 33 y ss.

32 Ferrajoli ha explicado en varios de sus textos la inexistencia de un sistema de garantías para los derechos sociales equivalente al que existe para los derechos de libertad (también llamados derechos de primera generación) y las consecuencias que de ello se deriva para todo el ordenamiento; véase, por ejemplo, su trabajo: “Derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 63 y ss. Sobre el mismo punto, con múltiples sugerencias interesantes y con una exploración bastante detenida de las diversas posibilidades existentes, Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *op. cit.*, pp. 11-135; del mismo autor, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXI, núm. 92, mayo-agosto de 1998.

esos derechos sean actuantes en la práctica y, en consecuencia, evitar que lo que se señala en una parte de la Constitución se deshaga en otra.

#### IV. CONCLUSIÓN

Como se dijo al principio, los retos y problemas que para el derecho constitucional del siglo XXI representan las minorías —tanto políticas como étnicas o culturales— son muy arduos y complejos.

De esas dificultades y de esa complejidad, que han sido solamente esbozadas en este trabajo, debemos hacernos cargo de forma clara y completa. Uno de los peores riesgos que corre el constitucionalismo actual es tratar de simplificar problemas que no se prestan a soluciones o remedos superficiales. Por el contrario, en virtud justamente de la complejidad señalada hay que utilizar todos los mecanismos del Estado constitucional de derecho para solucionar una problemática que es imposible de negar y que, bien tratada, puede representar un avance democrático inédito en países como México.

## CONSTITUCIÓN E INFORMACIÓN

Jorge CARPIZO\*

SUMARIO: I. *Bosquejo histórico*. II. *El derecho a la información*. III. *Algunos aspectos internacionales*. IV. *Marco jurídico vigente*. V. *Intentos frustrados para legislar respecto del derecho a la información*. VI. *Algunas garantías constitucionales del derecho a la información*. VII. *Cláusula de conciencia*. VIII. *Algunas reflexiones*.

### I. BOSQUEJO HISTÓRICO

Las libertades de expresión, de escribir y de publicar fueron recogidas, reconocidas y protegidas desde los orígenes del derecho constitucional mexicano.<sup>1</sup> Así, el artículo 29 de los *Elementos constitucionales de 1811*, elaborados por Ignacio López Rayón, manifestó: “Habrá una absoluta libertad de imprenta en puntos puramente científicos y políticos, con tal que estos últimos observen las miras de ilustrar y no zaherir las legislaciones establecidas”.<sup>2</sup>

Como podrá notarse, en esta libertad se excluían los asuntos religiosos; era la sombra de la Colonia sobre los ideales de libertad. El pasado colonial, en sus últimos estertores, ya había reconocido la libertad de imprenta en 1810 de acuerdo con un decreto de las Cortes Generales y Extraordinarias de Cádiz. Sin embargo, esta libertad no fue efectiva en la Nueva España.

\* Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

1 Agradezco los importantes comentarios que los doctores Sergio López Ayllón y Ernesto Villanueva realizaron a este ensayo. Cualquier error que éste pueda contener es responsabilidad exclusiva del autor.

2 *Derechos del pueblo mexicano. Antecedentes, origen y evolución del articulado constitucional*, México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LII Legislatura, 1985, t. II, pp. 6-20.

De estas libertades de expresión y de imprenta se ocuparon expresamente los artículos: 371 de la Constitución de Cádiz de 1812; 40 de la Constitución de Apatzingán de 1814; 31 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824; 50 de la Constitución Federal de 1824; inciso VII de la Primera Ley de la Constitución de 1836; 9o., 10, 11 y 12 de las Bases Orgánicas de 1843; 6o. y 7o. de la Constitución de 1857.<sup>3</sup>

Durante todo este largo periodo se expidieron diversas leyes y decretos sobre la denominada libertad de imprenta, así como la presentación de proyectos de reforma y votos particulares sobre dicha materia.

De esa época uno de los artículos más antiguos, es ejemplo, quizá, del pensamiento predominante al respecto: La Base primera del Plan de la Constitución, del 16 de mayo de 1823; entre los derechos de los ciudadanos numeraba: “1o. El de libertad, que es el de pensar, hablar, escribir, imprimir y hacer todo aquello que no ofenda los derechos de otros.”

Los documentos constitucionales a partir de 1810 y hasta el triunfo de la República en 1867 respondieron a diversas concepciones políticas y filosóficas. Sin embargo, respecto a las libertades de expresión y de imprenta, se pueden encontrar en ellas diversas similitudes. Con los inconvenientes de las generalizaciones, se puede afirmar que aquellas fueron las siguientes:

a) se reconoció y protegió la libertad de expresión, y sus manifestaciones más importantes como son el derecho a escribir y a publicar, como uno de los derechos fundamentales de especial trascendencia;

b) se prohibió la censura previa en varios de esos documentos constitucionales;

c) durante la guerra de independencia y en las primeras décadas del México libre, existieron restricciones a esas libertades que lesionaban otros derechos humanos. El ejemplo por antonomasia fueron las limitaciones por motivos religiosos, “de dogma” decían algunos de esos documentos;

d) esas libertades no eran ilimitadas sino que debían ser compatibilizadas con otras libertades —hoy en día diríamos, con otros derechos humanos— entre las cuales se mencionaban: el honor de los ciudadanos, la vida privada, los derechos de los terceros, así como la no perturbación del orden público y la provocación a algún crimen,

3 Castaño, Luis, *La libertad de pensamiento y de imprenta*, México, Coordinación de Humanidades-UNAM, 1967, pp. 18-42.

e) la remisión a leyes específicas para la reglamentación de estas libertades y derechos; algunas de las cuales sí llegaron a expedirse.

El principal y más importante debate sobre la libertad de imprenta aconteció en México durante el desarrollo del Congreso Constituyente de 1856-1857. Los temas controvertidos fueron dos: *i)* las limitaciones que el artículo 14 del proyecto de Constitución señalaba a dicha libertad: el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública, y *ii)* la fiscalización de un tribunal en los jurados que conocerían de los delitos de imprenta.<sup>4</sup>

El espíritu predominante en dicho Congreso Constituyente fue el del liberalismo filosófico. Los discursos fueron hermosos y representan una de las cumbres del debate parlamentario mexicano.

Francisco Zarco afirmó que:

Tantas restricciones son extrañas en una sección que se llama derechos del hombre. No parece sino que la comisión cuando enuncia una gran verdad, cuando proclama un principio, cuando reconoce un derecho se atemoriza, quiere borrarlo con el dedo y por esto establece luego toda clase de restricciones.<sup>5</sup>

A su vez Guillermo Prieto expresó que:

Si se proclama la libertad de imprenta, ¿para qué cortar al águila sus alas cuando se va a remontar a las nubes?, ¿para qué empeñarse en detener el relámpago del rayo?, ¿para qué inventar ligaduras en vez de garantías?, ¿para qué poner al lado de cada derecho una especie de alguacil que lo vigile, lo espíe y lo martirice?<sup>6</sup>

Empero, el propio Zarco aceptó que “el bien de la sociedad exige ciertas restricciones para la prensa”, aunque éstas tenían que ser muy puntuales.<sup>7</sup>

4 Cueva, Mario de la, “La Constitución de 5 de febrero de 1857”, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1957, t. II, pp. 1290-1292.

5 Zarco, Francisco, *Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente 1856-1857*, México, El Colegio de México, 1957, p. 311.

6 *Ibidem*, p. 314.

7 Gómez de Lara, Fernando *et al.*, *Estudio sobre la libertad de prensa en México*, México, UNAM y Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1997, p. 27.

Al respecto, las ideas de Francisco Zarco son muy claras. Véase *op. cit.*, pp. 298-301 y 310-311: “... al votar en contra del artículo 13, he estado muy lejos de oponerme al principio de que la manifestación de las ideas no sea jamás objeto de inquisiciones judiciales o administrativas ... ¿Queréis restric-

Este específico aspecto del artículo respectivo fue aprobado por sesenta votos contra treinta y tres.

Las ideas de ese Congreso Constituyente respecto a las libertades de expresión e imprenta quedaron plasmadas en los artículos 6o. y 7o. de nuestra Constitución de mediados del siglo pasado, las que fueron ratificadas en la actual norma suprema y que fundamentalmente continúan vigentes en los mismos artículos constitucionales de nuestra Carta de 1917.

El artículo 6o. de la Constitución de 1857 dijo: “La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque a algún crimen o delito, o perturbe el orden público”.

Dicho artículo no fue reformado durante la vigencia de aquella Constitución y la actual lo incorporó textualmente, incluso con el mismo numeral.<sup>8</sup>

A partir de 1917, el artículo 6o. constitucional sólo ha sufrido una reforma para adicionarle una oración.

El 6 de diciembre de 1977, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto que modificó 17 artículos constitucionales, entre ellos el 6o. para adicionarle la oración: “el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

En las audiencias que se celebraron en la Secretaría de Gobernación y cuyo resultado fue la denominada reforma política de 1977, en este asunto, se manifestó la diferencia —según los ponentes— entre la libertad de expresión como una garantía individual y el derecho a la información como una garantía social de los receptores de aquella, encuadrada dentro del modelo de la preeminencia del interés social, y que garantizaría el pluralismo ideológico de la sociedad;<sup>9</sup> también se señaló la obligación del Estado de informar clara y profusamente a la nación<sup>10</sup> y la situación de que existía —¿existe?— un cuasimonopolio del control de la información

ciones? Las quiero yo también, pero prudentes, justas y razonables ... yo quisiera que en lugar de hablar vagamente de la moral, se prohibieran los escritos obscenos ... En vez de hablar vagamente de la paz pública, yo quisiera que terminantemente se dijera que se prohíben los escritos que directamente provoquen a la rebelión o a la desobediencia de la ley ...”

8 Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-1964*, México, Porrúa, 1964, pp. 61-69.

9 Lira Mora, Humberto, *Reforma política I, Gaceta informativa de la Comisión Federal Electoral. Audiencias públicas*, México, Comisión Federal Electoral, 1977, t. I, p. 243.

10 *Ibidem*, en González Graf, Jaime, p. 286.

por parte de los grandes intereses económicos privados, nacionales y extranjeros.

En la Cámara de Diputados se puso de relieve la relación del derecho a la información con el juego democrático y electoral, ya que sólo puede optar conscientemente quien está informado y no quien está influido o desorientado; por tanto, el derecho a la información se exige a través del Estado para hacer posible la democracia.<sup>11</sup>

En el dictamen de las comisiones del Senado se insistió en la conexión entre esta garantía social y la democracia como sistema de vida, ya que en los regímenes dictatoriales se entrega a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o de personas, o se obstaculiza la posibilidad de conocer la verdad para participar libremente en la vida política, y, durante los debates en esa cámara legislativa, se reafirmó que el derecho a la información implica superar la concepción exclusivamente mercantilista de los medios de comunicación.<sup>12</sup>

A partir de 1977, como expondré posteriormente, han existido varios intentos por reglamentar la última oración del artículo 6o. constitucional para hacer efectiva la garantía o derecho humano que el mismo consagra, lo cual no se ha logrado porque con la careta de la defensa de la “libertad de expresión” algunos intereses políticos, económicos, gremiales y personales han tenido la fuerza suficiente para detener esos proyectos. La más perjudicada con ello es la sociedad mexicana. Los principales beneficiados han sido los intereses mencionados. Una vez más los intereses privados de unos cuantos se sobreponen a los de toda la sociedad.

## II. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

En 1948 con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre nace la garantía fundamental del derecho a la información.

El derecho a la información es la garantía fundamental que toda persona posee a: atraerse información, a informar y a ser informada.

11 Andrade Sánchez, Eduardo, *Reforma política III, Gaceta informativa de la Comisión Federal Electoral. Reformas a la Constitución*, México, Comisión Federal Electoral, 1978, t. III, p. 47.

12 Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 360.



De la definición apuntada —que se deriva de la Declaración Universal de 1948— se desprenden los tres aspectos más importantes que comprende dicha garantía:

1. El derecho a atraerse información;
2. El derecho a informar, y
3. El derecho a ser informado.

1. El derecho a atraerse información incluye las facultades de *a*) acceso a los archivos, registros y documentos públicos, y *b*) la decisión de que medio se lee, se escucha o se contempla.

2. El derecho a informar incluye las *a*) libertades de expresión y de imprenta y, *b*) la de constitución de sociedades y empresas informativas.

3. El derecho a ser informado incluye las facultades de *a*) recibir información veraz y oportuna, *b*) la cual debe ser completa, es decir, el derecho a enterarse de todas las noticias, y *c*) con carácter universal, o sea, que la información es para todas las personas sin ninguna exclusión.<sup>13</sup>

Desde luego que tales derechos, libertades y facultades no pueden ser ilimitadas y han de ser compatibles con otros derechos humanos para impedir la violación de los derechos de terceros y de la propia sociedad.

El derecho a la información es la libertad de expresión que amplía su ámbito para perfeccionarse, para definir facultades que realmente la hagan efectiva, para incorporar aspectos de la evolución científica y cultural de nuestros días y que son indispensables tener en cuenta para fortalecerla, pero fundamentalmente para garantizar a la sociedad información veraz y oportuna como elemento indispensable del Estado democrático y plural.

En otras palabras, el derecho a la información comprende una serie de derechos y libertades reconocidos en las declaraciones universales y regionales de los derechos humanos a partir de 1948 y en las Constituciones, además, se preocupa por garantizar su efectividad, fortalecerlos y ampliarlos. Por ello se crean y desarrollan nuevas instituciones y principios. Se puede considerar que es algo así como un primer círculo cuyo contenido es la libertad de pensamiento, un segundo círculo que engloba al primero y que contiene la libertad de expresión, un tercer círculo, con

13 Escobar de la Serna, Luis, *Manual de derecho de la información*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 54-60, 380 y 381; López Ayllón, Sergio, *El derecho a la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1984, pp. 160 y 161; Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 34-36.

la libertad de imprenta, y un cuarto círculo, más amplio, que engloba a los otros tres y que es el derecho a la información.

El derecho a la información contiene algunas libertades netamente de carácter individual y otras de naturaleza social. Entre las primeras podemos mencionar las libertades de expresión y de imprenta. Entre las segundas, el derecho de los lectores, escuchas y espectadores a recibir información veraz, objetiva y oportuna y el acceso a documentación pública, pero el derecho a la información impregna a todos sus elementos y mecanismos de un alto contenido social.

Así, se puede definir el derecho de la información como el conjunto de normas jurídicas que regulan y tutelan las libertades, garantías, facultades y delimitaciones que integran el derecho a la información. En otras palabras, el derecho a la información es el objeto de estudio del derecho de la información.

Esta joven disciplina no descuida aspectos que sin ser de carácter jurídico, son muy importantes en el campo de la información, como los relacionados con los códigos de ética y el poder que acumulan muchos de los dueños de los medios de comunicación masiva.

### III. ALGUNOS ASPECTOS INTERNACIONALES

El derecho a la información forma parte de las principales declaraciones, convenciones y pactos internacionales.

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la cual ya me referí, es el punto de partida de esta nueva corriente internacional.

El artículo 19.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, señala:

Toda persona tiene derecho a la libertad 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 a su elección.

El contenido del artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 que entró en vigor en 1978, es similar al artículo transcrito en el párrafo anterior.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que fue el resultado de una Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, es actualmente parte del derecho internacional positivo, aspecto que ya no se debate.<sup>14</sup>

México ratificó en 1980 tanto la mencionada Convención Americana como el citado Pacto Internacional.<sup>15</sup>

El artículo 133 de la Constitución mexicana de 1917, en su parte primera, ordena que: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”.

Este párrafo contiene el principio de supremacía constitucional y el de la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Para los propósitos de este ensayo lo que me interesa resaltar es que, de acuerdo con nuestra ley fundamental, los tratados internacionales ratificados por México y que estén de acuerdo con la Constitución, son parte de nuestro orden jurídico interno y como tales aplicables en el territorio nacional.<sup>16</sup>

14 *La Conquête des droits de l'homme. Textes fondamentaux, Le Cherche-Midi*, París, Editeur, 1984, pp. 139-147.

15 Véase Villanueva, Ernesto, *op. cit.*, p. 21; López Ayllón, Sergio, *Derecho a la información*, México, McGraw-Hill-UNAM, 1997, p. 13.

16 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, pp. 16-24. Al respecto, la última tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se estableció al resolver el Pleno el amparo en revisión 1 475/98 —Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo— el 11 de mayo de 1999 y que a la letra dice:

“TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es una norma fundamental y que aunque en principio la expresión ‘... serán la Ley Suprema de toda la Unión ...’ parece indicar que no sólo la carta magna es la suprema, la objeción es superada con el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la ley suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de las dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de ‘leyes constitucionales’, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y por medio de su ratificación obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no

Recientemente —el 16 de diciembre de 1998— México reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>17</sup>

Lo anteriormente expuesto es importante porque los artículos 6o. y 7o. constitucionales de México deben ser interpretados de acuerdo con las nuevas corrientes del pensamiento de los derechos humanos, contenidas en los instrumentos internacionales mencionados y en la jurisprudencia que emana de ellos; son, reitero, parte de nuestro orden jurídico interno. El derecho a la información en nuestro país no puede ser contemplado únicamente a través de las normas expedidas por nuestro Congreso sino tiene que ser completado por aquellas contenidas en los instrumentos internacionales que México ha ratificado.

Es importante para la protección y defensa de todos los derechos humanos en México, el reciente reconocimiento que nuestro país ha hecho de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos porque su trascendente jurisprudencia viene a ampliar esta protección —especialmente respecto al derecho a la información— y porque será posible acudir a esa jurisdicción —cumpliendo los requisitos del caso— cuando no se respeten internamente las normas y la interpretación judicial de la multicitada Convención Americana. Así, la defensa del derecho a la información se ha ampliado en forma notoria en México.

existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos éste sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la ley fundamental, el cual ordena que ‘Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados’. No se pierda de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, correspondiente a diciembre de 1992, p. 27, del rubro: ‘LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES, TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA’; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal”.

17 García Ramírez, Sergio, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, en Fix-Zamudio, Héctor (coord.), *México y las declaraciones de derechos humanos*, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNAM, 1999, pp. 143-155. Véase Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999, 161 pp.

#### IV. MARCO JURÍDICO VIGENTE

El derecho *a y de* la información está regulado en México principalmente —no es exhaustivo— por las siguientes disposiciones:

A. La Constitución en sus artículos 6o. y 7o.

B. Leyes y normas ordinarias entre las que se pueden mencionar:

- La Ley de Imprenta,
- La Ley Federal de Radio y Televisión,
- La Ley de Vías Generales de Comunicación,
- La Ley Federal de Cinematografía,
- La Ley Federal de Telecomunicaciones y
- El Reglamento sobre Publicaciones y Revistas Ilustradas

C. Los tratados internacionales ratificados por México de acuerdo con las disposiciones contenidas en el artículo 133 constitucional.

D. Las decisiones judiciales del ámbito interno y las del externo; con la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, es de esperarse que aquéllas jueguen un papel importante en la protección y defensa del derecho a la información.

Ahora bien, este marco jurídico, en algunos aspectos, es anacrónico —pero mucho mejor de lo que parece a primera vista— para una adecuada protección del derecho a la información, aseveración que resulta especialmente cierta en lo referente a las normas ordinarias. Un ejemplo —pero el más importante— nos aleccionará al respecto: La Ley de Imprenta de 1917.

Dicha Ley la expidió don Venustiano Carranza en abril de 1917, en uso de facultades extraordinarias para legislar y manifestó con toda claridad que ella tendría vigencia “entre tanto el Congreso de la Unión reglamenta los artículos 6o. y 7o. de la Constitución”; se trataba de una ley transitoria y provisional mientras el Congreso de la Unión legislaba al respecto. Carranza informó puntualmente las causas por las cuales se expedía esa Ley; sus conceptos fueron muy duros. Yo podría decir que la idea de Carranza era que por el bien del país resultaba necesario establecer algunas reglas del juego, porque la nada jurídica a nadie beneficia y a todos perjudica.<sup>18</sup>

18 Carpizo, Jorge, “Derecho a la información, derechos humanos y marco jurídico” *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Unión Europea, p. 513.

Por increíble que parezca, desde 1917 no se ha legislado al respecto y la Ley de Imprenta sigue vigente tal y como acertadamente ha reconocido nuestra Suprema Corte de Justicia.<sup>19</sup>

La Ley de Imprenta resulta completamente anacrónica y desfasada del desarrollo que han tenido la sociedad mexicana y los medios de comunicación masiva. Sin embargo, la Suprema Corte tiene la razón al reafirmar su vigencia. Es en el fondo exactamente el mismo argumento de Carranza: lo peor sería la nada jurídica, la que propicia el dominio del más fuerte y se auspicia el caos vulnerándose la paz social.

En México no existe la costumbre de que los particulares y los abogados acudan a los tribunales para hacer valer sus facultades derivadas del derecho a la información o para la precisión de la armonización de este derecho con otros como puede ser el derecho a la vida privada.

Las razones para esta actitud son varias: la deficiente legislación respectiva, que muchos de los casos presentados no han prosperado, la falta de abogados especializados en el tema, la politización del mismo el cual se ha vuelto polémico, el costo económico de un juicio y —*last but not least*— que el particular se enfrenta muy desprotegido a uno de los grandes poderes de nuestros tiempos.<sup>20</sup>

19 Semanario Judicial de la Federación, México, 5a. época, t. XXXIX, núm. 6, Ejecutorias del 18 al 25 de octubre de 1933, Suprema Corte de Justicia de México (sin fecha); p. 1525: “La Ley de Imprenta, expedida por el primer jefe del ejército constitucionalista, el 9 de abril de 1917, no puede estimarse como una ley de carácter netamente constitucional, sino más bien, reglamentaria de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución, puesto que ésta ya se había expedido cuando se promulgó la Ley, la cual hubiera carecido de objeto, si sólo se hubiera dado para que estuviera en vigor por el perentorio término de 17 días; y tan es así, que al promulgarse dicha Ley, se dijo que entraría en vigor entre tanto el Congreso de la Unión (que debía instalarse el primero de mayo siguiente), reglamenta los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República y como no se ha derogado ni reformado dicha Ley de Imprenta, ni se ha expedido otra, es indudable que debe estimarse en todo su vigor”.

Esta tesis constituye actualmente jurisprudencia, como puede verificarse en Jurisprudencia. Apéndice 1917-1988, G-Q, segunda parte. Salas y tesis comunes. Suprema Corte de Justicia de México, México, 1989, pp. 1536-1537; jurisprudencia número 939: “La Ley de Imprenta de nueve de abril de mil novecientos diecisiete, que se encuentra vigente, establece en su artículo ...” y en su tesis relacionada se reitera que: “El artículo 36 de la Ley de Imprenta de nueve de abril de mil novecientos diecisiete, que se encuentra en vigor, establece que ...”

En ese mismo tomo, se publica la tesis jurisprudencial 1071, pp. 1703 y 1704, que a mayor abundamiento la cito: “Legislación preconstitucional. Tiene fuerza legal y debe ser cumplida, en tanto que no se pugne con la Constitución vigente, o sea expresamente derogada”.

20 Carpizo, Jorge, “El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie, año XXXII, núm. 95, 1999, pp. 351-356: “Los medios de comunicación masiva son un poder porque poseen los instrumentos y los mecanismos que les dan la posibilidad de imponerse; porque condicionan o pueden condicionar la

Sin embargo, sí existen algunas decisiones judiciales importantes provenientes de tribunales colegiados de circuito, aunque aun sobre aspectos generales como son que el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la información y, en consecuencia, no debe entorpecer la difusión de ideas a través de los medios de comunicación masiva ni convertirse en guardián de la cantidad o calidad de aquéllos. Otra tesis ratifica el derecho inalienable de los particulares a exigir información.<sup>21</sup>

## V. INTENTOS FRUSTRADOS PARA LEGISLAR RESPECTO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Ante el panorama descrito lo único lógico sería actualizar el marco legislativo y que se presentaran casos sobre esta materia para que los tribunales los examinaran, interpretaran las leyes y se fueran estableciendo precedentes y jurisprudencia al respecto. Como regla general ello no acontece.

En México, desde 1977, cuando se incluyó en la Constitución el derecho a la información, se ha venido desarrollando un debate sobre si se debe o no legislar al respecto, si se deben expedir o no las leyes reglamentarias del artículo 6o. constitucional sobre esta materia. Este debate es parecido al que ya se ha dado en diversos países.<sup>22</sup> No hay nada nuevo bajo el sol. La única diferencia es que en México estamos retrasados al respecto cuando menos cuarenta años.

Han existido varios intentos por reglamentar el artículo 6o. constitucional a partir de la reforma de 1977. Hasta ahora todos han fracasado. Enuncio el primero y el último de ellos.

La Coordinación de Comunicación Social de la Presidencia de la República a cargo de Luis Javier Solana en tiempos de José López Portillo reunió a un amplio grupo interdisciplinario de especialistas el cual realizó un extenso y voluminoso estudio que fue la base para la elaboración de un proyecto de la ley reglamentaria del artículo 6o. constitucional.

conducta de otros poderes, organizaciones o individuos con independencia de su voluntad y de su resistencia”.

21 López Ayllón, Sergio, *Derecho de la...*, op. cit., p. 13.

22 Véase Bollinger, Lee C. Jr., “*Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media*”, *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan, vol. 75, núm. 1, noviembre de 1976, pp. 30-33 y 38; Schauer, Frederick, “*The role of the people in first amendment theory*”, *California Law Review*, vol. 74, núm. 3, Berkeley, mayo de 1986, p. 782.

Un resumen de dicho proyecto fue publicado —por una de las constantes filtraciones periodísticas— por la revista *Proceso* del 28 de septiembre de 1981. De inmediato las críticas al proyecto fueron durísimas. Se escribieron alrededor de 475 artículos periodísticos, la mayoría de una virulencia desusada. Ejemplo de lo anterior fue la columna *Café Político* de *El Heraldo* del 29 de septiembre, un día después de la publicación de *Proceso*, que declaró: “El proyecto ... elaborado por los expertos extranjeros ... vulnera descaradamente la Constitución y ofrece una perspectiva ominosa para la libertad de expresión”.

Hubo medios masivos de comunicación y periodistas que sí estaban de acuerdo con la reglamentación citada pero mayormente guardaron silencio. Los autores del proyecto —salvo uno— no lo defendieron.

Algunos partidos de oposición que también estaban de acuerdo con el proyecto así lo manifestaron pero débilmente.

El debate prosiguió. El 14 de octubre de 1981 el presidente López Portillo pronunció un discurso en el cual realmente se inclinó por no legislar al respecto. La revista *Proceso* consideró que el debate se había terminado porque ya se había tomado la decisión política de olvidarse de ese proyecto y le asistía toda la razón; empero, el periódico *El Día* continuó insistiendo en la necesidad de dicho reglamento.

El candidato del PRI a la Presidencia de la República Miguel de la Madrid, Solana y el diputado Fidel Herrera, presidente de la Comisión de Cine, Radio y Televisión de la Cámara de Diputados insistieron en que sí se debía legislar. Durante diciembre y enero hubo una tregua declarativa; en febrero de 1982 Solana fue destituido de su cargo. Era más que claro que el Poder Ejecutivo Federal no enviaría ningún proyecto de ley reglamentaria sobre dicha materia para la consideración del Congreso.<sup>23</sup>

Así se frustró el primer intento de ley reglamentaria; fue una tristeza porque ese proyecto era un buen proyecto y una buena base para la discusión en el Congreso de la Unión y para que lo mejorara y lo superara.

La LVI Legislatura de la Cámara de Diputados creó en febrero de 1995 la Comisión Especial de Comunicación Social cuya principal finalidad sería presentar iniciativas de ley para actualizar la legislación en esta materia. Los resultados reales fueron casi nulos, aunque sí se redactaron documentos y anteproyectos.

23 López Ayllón, Sergio, primera *op. cit.*, pp. 106-119.



La LVII Legislatura de esa Cámara retomó los trabajos realizados por su antecesora cuyas iniciativas en la materia las consideró como proyectos que no habían sido dictaminados en comisión legislativa alguna.

El 26 de mayo de 1998 los poderes Ejecutivo y Legislativo federales definieron una agenda legislativa para el conocimiento del actual Congreso federal y en la misma figuró el asunto de los medios de comunicación masiva.

La Comisión de RTC de la Cámara de Diputados estudió y revisó los proyectos que le fueron turnados y de nuevo convocó a una amplia gama de instituciones, personalidades de los medios y especialistas a que manifestaran sus puntos de vista; organizó un seminario interno y dos conferencias internacionales sobre la materia.

El 17 de junio de 1998, la Comisión mencionada tomó la decisión de revisar los tres proyectos que existían. Realizado ese ejercicio, el 10 de septiembre se conformó, por decisión unánime de la Comisión, una subcomisión revisora de la iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social. Esa subcomisión estuvo integrada por nueve diputados, tres por cada uno de los principales partidos: PRI, PAN y PRD. Cuando la revisión de dicha iniciativa había alcanzado alrededor del 60%, comenzaron los ataques a la misma en varios periódicos, estaciones de radio y de televisión “presentando como novedad la iniciativa que se había presentado un año y medio antes”,<sup>24</sup>

Una vez más se realizó un debate sobre el tema. Varios medios de comunicación masiva, periodistas, analistas, instituciones académicas, organizaciones gremiales y no gubernamentales apoyaron la idea de legislar al respecto. La Comisión de RTC publicó un libro “La reforma de medios. Voces en torno a la iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social”,<sup>25</sup> el cual es un testimonio de este nuevo debate.

El resultado: otra vez se paró el proceso para legislar sobre los medios de comunicación masiva.

24 Corral Jurado, Javier, “Breve historia de un intento legislativo”, *Diálogo y debate de cultura política*, México, año 2, núm. 8, 1999, pp. 15-18.

25 Véase “La Reforma de medios”, *Voces en torno a la Iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social*, México, H. Cámara de Diputados, Comisión de Radio, Televisión y Cinematografía, 1998, 173 pp. Entre algunos de los participantes en este tomo se encuentran nombres como Raúl Trejo Delarbre, Carlos Medina Plascencia, Javier Corral Jurado, Porfirio Muñoz Ledo, Federico Reyes Heróles, Francisco José Paoli Bolio, Sergio Sarmiento, Raymundo Rivalpalacio, Carlos Castillo Peraza, Rafael Cordera Campos, Marco Levario Turcott, José Antonio Crespo y Santiago Creel.

La resistencia que existe en México para legislar en materia de comunicación o derecho a la información no es propia de nuestro país sino que también se ha presentado en otras naciones, porque más allá de los intereses particulares que algunos medios de comunicación quieren proteger — nunca hay que generalizar— y que en ocasiones son inconfesables, existe un problema real porque, como en otra ocasión ya apunté, ésta es una materia especialmente difícil y compleja, que históricamente ha oscilado entre dos extremos: por una parte, el libertinaje y por la otra, la censura y la represión. La libertad de expresión y su manifestación actual el derecho a la información tienen que ser cabalmente garantizadas, protegidas y armonizadas con los otros derechos humanos. Censura, por ningún motivo. Represión, jamás. Libertinaje, tampoco.

Libertad de expresión y derecho a la información. Mil veces sí, con responsabilidad, con ética y con respeto a los otros derechos humanos.<sup>26</sup>

En México quienes se han opuesto rabiosamente a que se legisle sobre esta materia —que últimamente han perdido a algunos adeptos— primordialmente han esgrimido que si se legisla, se vulnera la libertad de expresión y la vida democrática y plural, que se estaría configurando una “ley mordaza”, que se correría el peligro de que se cancelaran concesiones de radio y televisión, que se persigue controlar y reprimir a los medios de comunicación masiva.

Los anteriores argumentos son esgrimidos tanto de buena fe y con convicción como de mala fe y para defender intereses determinados.

*De buena fe.* Hay personalidades de los medios de comunicación masiva que sinceramente están convencidos de una vieja idea: que respecto a los medios de comunicación masiva, la mejor ley es la que no existe; les preocupa que la ley pudiera servir para lesionar los legítimos derechos a y de la información; la mayoría de ellas no está muy enterada de lo que ha acontecido en otras partes del mundo, especialmente en los países más adelantados.

Además, a algunos dueños de concesiones de radio y televisión les preocupa que esa ley pudiera ser el pretexto para cancelarles concesiones de radio y televisión cuando han realizado inversiones cuantiosas en aquellas. Intencionalmente se les ha asustado para que se opongan a cualquier iniciativa y por ello prefieren el status quo, que los mantiene en una posición vulnerable frente al Poder Ejecutivo Federal, que una posible legisla-

26 Carpizo, Jorge, *Derecho a la información...*, op. cit., p. 512.

ción que les garantice sus derechos. Parece que el viejo proverbio: “más vale malo conocido que bueno por conocer”, los guía en este punto.

*De mala fe.* Defienden sus intereses creados, no desean que cambie la situación actual que los beneficia con libertinaje, corrupción, irresponsabilidad jurídica y ética. Sólo hay que ver a algunos periodistas o editoriales —reitero, no es posible generalizar— el tren de vida que llevan: residencias que ya envidiarían millonarios de otros países, coches de gran lujo, fiestas espectaculares, viajes faraónicos. ¿Cómo es posible que con sus ingresos declarados, puedan vivir así? Ellos se han autonombrado los defensores de la “libertad de expresión” en México. Es la misma situación que acontece —y que por desgracia se ha generalizado en nuestro país— del ladrón que grita: “agarren al ladrón” y el colmo del cinismo, algunos de ellos reteladrones, con dejo irónico, emplean esta oración con sentido crítico. En verdad que hay que vivir para ver.

Sobre este punto es indispensable que se conozca más y mejor la realidad y el derecho comparados, que con objetividad se analice el desarrollo del derecho a la información en los países más adelantados que cuentan con sistemas democráticos consolidados. La propia democracia se fortalece cuando los derechos, libertades y obligaciones de los medios de comunicación masiva son precisos y no se prestan a confusión alguna.

No me cabe duda de que algún día México va a contar con una buena y adecuada legislación sobre el derecho a la información para fortalecer y proteger la libertad de expresión y para que ella se armonice con el respeto a otros derechos humanos, pero fundamentalmente para fortalecer nuestro sistema democrático.

En este caso se pueden aplicar exactamente las mismas palabras que Francisco Zarco utilizó cuando el artículo sobre libertad de cultos fue declarado “sin lugar a votar” en nuestro Congreso Constituyente de 1856-1857: “La cuestión queda pendiente. ¡cuestión de tiempo! Tarde o temprano el principio se ha de conquistar, y ha tenido ya un triunfo sólo con la discusión”.

Y así aconteció. No es posible enfrentarse a la historia. No es posible utilizar como escudo a la democracia, a la ética, a la sociedad, al derecho, para precisamente vulnerarlos y que prevalezcan los intereses de unos cuantos sobre los de todos. Los lectores, escuchas y espectadores también tenemos derechos y libertades, principalmente la recepción de información veraz, oportuna y respetuosa de los derechos humanos del auditorio.

## VI. ALGUNAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

México en este siglo, durante décadas, fue un país que se distinguió por su vanguardismo jurídico, por su apertura a las nuevas ideas y por la creación de instituciones que influyeron positivamente en el mundo y particularmente en América Latina. El ejemplo más importante lo encontramos en el campo de los derechos sociales y en la declaración constitucional de éstos en nuestra ley fundamental de la segunda década de esta centuria.<sup>27</sup>

A partir de la Segunda Guerra Mundial los procesos e instituciones jurídicas tuvieron un desarrollo vertiginoso para hacer frente a graves problemas a los cuales se enfrentaron en Europa tanto los países vencedores como los vencidos; era necesario fortalecer la protección de los derechos humanos, la impartición de justicia, los procedimientos ágiles y económicos para lograr la defensa de las garantías fundamentales.

Las ideas y las instituciones ya existían pero a partir de la segunda posguerra, más países las fueron aceptando, así sucedió, por ejemplo, con los tribunales constitucionales, los consejos de la judicatura, los *ombudsmen*, una mejor defensa de los derechos humanos, la representación proporcional y las garantías electorales. México ha venido aceptando muchas de estas instituciones con dificultad, tardíamente y en forma parcial. Parece que cuesta trabajo incorporarnos, y con convicción, a las grandes corrientes jurídicas contemporáneas. Incluso se ha dado el caso de que después de que el país ha aceptado una institución como el consejo de la judicatura, algunos años después se da marcha atrás y se pulveriza a la institución aunque por recato o pena se deja únicamente el membrete, porque después de la contrarreforma sus características distan mucho de aquéllas que definen a un consejo de la judicatura.<sup>28</sup>

27 Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 293-297.

28 Véase Carpizo, Jorge, "Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXVIII, núm. 83, 1995, pp. 807-842, y especialmente, "Otra reforma constitucional: la subordinación del Consejo de la Judicatura Federal", *Cuestiones constitucionales*, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, enero-junio de 2000, núm. 2, pp. 209-218; asimismo, véase Fix-Zamudio, Héctor, "Órganos de dirección y administración de los tribunales en los ordenamientos latinoamericanos", *Memoria de El Colegio Nacional*, México, El Colegio Nacional, 1992, pp. 43 y 44. De este mismo autor consúltese *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, 1986, pp. 37-40.

En otras palabras, México hoy en día se encuentra en uno de los últimos furgones del tren jurídico de las últimas décadas del siglo XX, incluidos la mayoría de los países de América Latina y esta afirmación es especialmente valedera en relación con el derecho a la información.

Al respecto, examino algunos ejemplos que auxilian a fundamentar la afirmación anterior:

El secreto profesional del periodista está regulado en los más diversos países y en forma diversa. Ernesto Villanueva señala entre los países que a) lo norman ampliamente a: Alemania, Argentina, Austria, Bolivia, Brasil, Cabo Verde, Colombia, Estados Unidos —algunas entidades federativas—, Estonia, Finlandia, Francia, Haití, Indonesia, Italia, Lituania, Macedonia, Malasia, Mozambique, Nigeria, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay, Venezuela y Yemén; b) entre los que lo regulan en forma calificada: Albania, Andorra, Bielorrusia, España, Filipinas, Jordania, Moldavia, Reino Unido, Rusia y Suecia; c) y en forma limitada: Argeria, Egipto y Ecuador.<sup>29</sup>

Este derecho incluso se encuentra a nivel constitucional en: Argentina —que se refiere también al derecho de réplica y de rectificación—; Brasil, Cabo Verde y Colombia que se refieren también al acceso a la información y en España.

El acceso a la información que también se encuentra ya en varios países como una garantía constitucional, tal y como se asentó en el párrafo anterior.

En Estados Unidos de Norteamérica comenzó su desarrollo en 1946. Veinte años después se promulgó la *Freedom of Information Act* que diseña un equilibrio entre el interés público al acceso a los documentos y el interés particular a la privacidad.<sup>30</sup> Esta ley se modificó en 1974. La Suprema Corte de ese país ha resuelto casos al respecto de especial importancia.

Reconocen y regulan este derecho países como Suecia y Finlandia (1951), Dinamarca y Noruega (1970), Alemania (1976), Holanda (1978), Francia (1979), Canadá (algunas provincias en 1980).<sup>31</sup>

29 Villanueva, Ernesto, *El secreto profesional del periodista. Concepto y regulación jurídica en el mundo*, Madrid, Fragua editorial, 1998, pp. 28 y 29; Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, pp. 251-253 y 256-258.

30 Véase “*Applying the Freedom of Information Act’s Privacy. Exemption to Requests for Lists of Names and Addresses*”, *Fordham Law Review*, Nueva York, vol. LVIII, núm. 5, 1990, pp. 1033-1051.

31 López Ayllón, Sergio, *Derecho a la...*, *op. cit.*, p. 180. Los diversos aspectos que sobre este derecho se encuentran regulados en México, se pueden consultar en López Ayllón, Sergio, *Derecho de la...*, *op. cit.*, pp. 20-23.

Treinta Constituciones garantizan actualmente este importante derecho.<sup>32</sup>

El derecho de réplica en México se encuentra mal regulado en la vetusta Ley de Imprenta de 1917, aunque el artículo 14 de la Convención americana de Derechos Humanos que México ratificó, y por tanto es parte de nuestro derecho interno, es más preciso y protector.

Veintidós Constituciones reconocen esta trascendente garantía.<sup>33</sup>

Este derecho de réplica, o como diversamente le denominan otros órdenes jurídicos, se encuentra consagrado en el artículo 1o. de la Ley Orgánica española 2/1984 que establece que “toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio”.

De dicho artículo resalto dos aspectos: se refiere a cualquier medio de comunicación social y no sólo al tradicional de la prensa escrita y alude a que “considere inexactos” dichos datos; por tanto, no está obligado el perjudicado a probar la inexactitud.

Existen países, por otra parte, como Francia en que el derecho de réplica adquiere algunos aspectos diversos de acuerdo al medio de comunicación masiva del cual se trate.<sup>34</sup>

La cláusula de conciencia de la cual me ocupo a continuación con mayor precisión. La he seleccionado para un examen un poco más profundo que los otros ejemplos que he enunciado de instituciones del derecho a la información porque todavía a su desarrollo le falta camino por andar y porque es completamente desconocida en el orden jurídico mexicano.

## VII. CLÁUSULA DE CONCIENCIA

La cláusula de conciencia es la facultad que tiene el comunicador de rescindir su relación laboral con la empresa informativa y recibir una indemnización equivalente cuando menos a la de despido por voluntad del

32 Villanueva, Ernesto, *Derecho comparado de la información*, México, Cámara de Diputados, Universidad Iberoamericana, 1998, pp. 30 y 31.

33 *Ibidem*, pp. 33 y 34, así como su libro *Régimen jurídico de las...*, *op. cit.*, pp. 168-177.

34 Véase Bilger, Philippe y Prévost, Bernard, *Le droit de la presse*, París, Presses Universitaires de France, 1995, pp. 12-17.

patrón, cuando ocurre un cambio notable en la orientación ideológica de la empresa o ésta afecte su reputación o su dignidad moral.

Los antecedentes de esta cláusula se encuentran en normas de Austria (1910), Hungría (1914), Alemania (1926), Checoslovaquia (1927), y la jurisprudencia italiana desde 1901; también en el “Informe de la Oficina Internacional del Trabajo” de 1928 respecto a las condiciones laborales de los periodistas.

Sin embargo, es Francia en 1935 el país que precisa esta institución al incluirla en su Código de Trabajo —artículo L.761.7— y la aprobación del Estatuto de los Periodistas a través de una ley de marzo de ese mismo año. Con estas disposiciones Francia se convirtió en un punto de referencia para el estudio, comprensión e incluso crítica de la cláusula de conciencia.

Encontramos antecedentes a nivel constitucional en Suecia en 1976, en Portugal en 1976 —aunque no precisos— y especialmente en España en su norma fundamental de 1978, artículo 20.1. d) que reconoce a dicha cláusula como un derecho fundamental. En América Latina, es Paraguay el país que ha consagrado en 1992 este derecho al máximo nivel jurídico.<sup>35</sup>

Desde luego que es acertado incluir esta cláusula así como otros aspectos nodales del derecho a la información en las leyes supremas del Estado, en virtud de que actualmente el derecho a la información constituye una de las bases del Estado democrático. Sin embargo, los países que no contemplan la existencia de una nueva Constitución, para no estar reformando la vigente, habrán de incluir estas instituciones en su legislación ordinaria, la cual en estos aspectos pueden ser tan eficaces como si estuvieran contenidas en el nivel constitucional. Esta es la experiencia del derecho comparado.

El profesor español Marc Carrillo escribió unas líneas que sintetizan las finalidades que se persiguen alcanzar con la cláusula de conciencia:

35 Carrillo, Marc, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Madrid, Cuadernos Civitas, Generalitat de Catalunya, 1993, pp. 23, 127-129 y 151-153; Capseta Castellá, Joan, *La cláusula de conciencia periodística*, Madrid, McGraw Hill, 1998, p. 1; Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, pp. 278-280; Villanueva, Ernesto, *Derecho comparado...*, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

El artículo 29 de la Constitución paraguaya de 1992 tiene por título *De la libertad de ejercicio del periodismo* y en una de sus disposiciones establece que “Los periodistas de los medios masivos de comunicación social, en cumplimiento de sus funciones no serán obligados a actuar contra los dictados de su conciencia ni a revelar sus fuentes de información”.

salvaguardar la libertad ideológica, el derecho de opinión y la ética profesional del periodista.

A Marc Carrillo le asiste la razón; empero, como incluso se desprende de su clásico ensayo sobre este tema, hay razones de otra índole que sobrepasan los derechos y libertades personales del periodista.

Las razones para la existencia de la cláusula de conciencia principalmente son:

a) la empresa informativa es, generalmente, de carácter privado pero cumple con una función de interés público, nada menos que proporcionar información veraz y oportuna; la ley debe asegurar que se respete ese cumplimiento,

b) por el interés lucrativo de la empresa informativa se llega a presionar al comunicador para que proporcione la noticia en forma rápida, a veces sin haber tenido el tiempo necesario para verificarla y sin que pueda existir el necesario rigor informativo,

c) la especial influencia del comunicador en la sociedad en la conformación de la opinión pública,

d) el derecho a la información es uno de los pilares de la sociedad democrática, es un derecho que está más allá de las garantías individuales y que primordialmente existe para reforzarlas,

e) el ejercicio del derecho a la información por parte del comunicador corresponde al interés público, al interés de la sociedad,

f) el comunicador, al ejercer su profesión, no debe ser violentado intelectual o moralmente, sino debe gozar de libertad,

g) el comunicador no debe ser avasallado por el dueño ni por el directivo de la empresa mediática, ni su labor obstaculizada por instrucciones que lesionen la información veraz, objetiva y oportuna,

h) la dignidad del comunicador siempre debe ser respetada.<sup>36</sup>

En Francia todo contrato de trabajo con un periodista profesional debe contener la cláusula de conciencia.

La convención colectiva de los periodistas señala que si bien aquél tiene el derecho a la libertad de opinión, ésta no debe en ningún caso causar perjuicio a la empresa informativa en la cual trabaja. Como contrapartida a esta obligación —afirma Franceschini— se le otorga la cláusula de conciencia.<sup>37</sup> Considero que este autor olvidó todas las razones de interés

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 132-138, 154 y 155, 165 y 166; Capseta Castellá, Joan, *op. cit.*, pp. 100 y 101; Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, pp. 285 y 286.

<sup>37</sup> Franceschini, Laurence, *Droit de la communication*, París, Hachette, 1996, p. 100.



público y social que son el principal fundamento de aquélla, sin desconocer la protección a la dignidad del periodista.

El artículo L.761-7 del Código francés del Trabajo señala tres hipótesis para que el periodista pueda rescindir su contrato de trabajo dentro de los marcos de la citada cláusula:

- a) por cesión del periódico o revista a otro titular,
- b) por cese de la publicación sin importar la causa, y
- c) por un cambio *notable* en el carácter u orientación de la empresa mediática que atente contra su honor o reputación, o si de un modo general se afectan sus intereses morales.

Generalmente, en los casos a) y c) logrará una indemnización y si no es así, deberá demostrar en el caso c) ante un tribunal los supuestos a que se refiere este inciso.<sup>38</sup> La ruptura del contrato es imputable al dueño o director de la empresa informativa.

Los dos primeros casos o hipótesis son de carácter objetivo. La primera hipótesis no ha presentado en la realidad mayor problema de interpretación aunque la doctrina ha hecho algunos cuestionamientos al respecto.

En la segunda hipótesis se destaca un derecho laboral de carácter general, salvo en casos de fuerza mayor, excepción que no opera respecto a los periodistas. En 1935, esta segunda hipótesis fue muy importante porque en aquel entonces el cierre de una empresa no era causa de indemnización laboral.

Realmente es la tercera hipótesis la que constituye la verdadera cláusula de conciencia y la que presenta problemas de interpretación.

Para su ejercicio se requiere satisfacer dos condiciones:

a) un cambio *notable* en la orientación del periódico o revista; es decir, una modificación suficientemente sensible, que no sea únicamente percibido por el comunicador sino también por el público. Un ejemplo de este cambio *notable* es la transformación de la orientación política del periódico o revista,

b) el atentado a su honor, reputación o intereses morales. Esta exigencia constituye una apreciación subjetiva cuya evaluación es difícil de realizar y dependerá de cada situación particular. Generalmente la jurisprudencia francesa ha tenido por probado este requisito si realmente se ha efectuado el aludido cambio notable, siendo suficiente con probar no

38 *Les droits et les devoirs du journaliste*, París, CFPJ éditions, 1995, p. 35.

una lesión, sino un eventual perjuicio, la posibilidad de padecer un daño moral.

En un principio, esta cláusula de conciencia se constreñía a los comunicadores políticos pero la jurisprudencia francesa la ha ido extendiendo al universo de los periodistas profesionales.<sup>39</sup> Además el artículo L.761-2 del Código del Trabajo establece otros tres requisitos para su ejercicio:

- a) que sea su ocupación principal, regular y retribuida,
- b) de la cual obtiene la parte principal de sus ingresos para la existencia, y
- c) laborar en una empresa informativa.

Al periodista profesional se le asimila con: el redactor-traductor, el taquígrafo-redactor, el editor (ex corrector), el dibujante y el reportero gráfico.<sup>40</sup>

Las hipótesis de la legislación francesa de la cláusula de conciencia, son hoy en día completamente insuficientes. Téngase en cuenta que esa legislación es de 1935 y que nació más como una preocupación por la protección laboral de los periodistas que por el derecho a la información, orientación ésta que actualmente posee en las Constituciones y leyes que la regulan.

La cláusula de conciencia establecida en la Constitución española fue reglamentada hasta el 20 de junio de 1997 cuando el *Boletín Oficial del Estado* publicó la Ley Orgánica Reguladora de la Cláusula de Conciencia de los Profesionales de la Información.

Con anterioridad a esa Ley Orgánica, por disposición del artículo 53.1 de la propia Constitución, los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero —*De los derechos y deberes fundamentales*— vinculan a todos los poderes públicos. En consecuencia, esos derechos —entre los cuales se encuentra la cláusula de conciencia— son aplicables directamente, sin la necesidad de que exista la correspondiente ley. Esta disposición debe tenerse en cuenta en nuestro país para la interpretación del artículo 6o. constitucional.

Al Congreso de los Diputados español, diversos grupos parlamentarios le presentaron, en el transcurso de esos veinte años, cuatro proyectos para reglamentar la cláusula de conciencia, los que contienen interesantes

39 Para el análisis y alcances jurídicos de las tres hipótesis o casos de la cláusula de conciencia en la legislación francesa, véase Capseta Castellá, Joan, *op. cit.*, pp. 102-118; Franceschini, Laurence, *op. cit.*, pp. 23 y 24; Carrillo, Marc, *op. cit.*, pp. 143-147.

40 Capseta Castellá, Joan, *op. cit.*, p. 107.

causales para la aplicación de dicha cláusula por parte del comunicador. Esas causales están relacionadas con la tercera hipótesis francesa y entre las cuales se pueden mencionar:

a) negarse a realizar actividades informativas que sean contrarias a los principios éticos y profesionales de la información o a sus convicciones en aspectos fundamentales,

b) si su trabajo es modificado sustancialmente, no puede publicarse con su nombre o seudónimo sin su consentimiento expreso y previo,

c) cuando se modifican las condiciones de trabajo implicándose un perjuicio grave para su integridad profesional y deontológica.

Por desgracia la Ley Orgánica de 1997 no recogió todas estas ideas.

Marc Carrillo, señala otras:

d) el traslado arbitrario de sección informativa o de medio de comunicación si la editora es la dueña de una cadena de aquéllos,

e) las decisiones de la empresa mediática que por su propia naturaleza puedan vulnerar los intereses profesionales del comunicador, causándole una violencia moral.<sup>41</sup>

Esta última causal es amplia y puede abarcar situaciones diversas que escapan a una enunciación casuística. Un párrafo de tal naturaleza siempre será saludable en la ley. Pienso en otras causales tales como:

f) un reportaje o editorial que el comunicador no ha realizado y sin su consentimiento se presenta con su nombre, independientemente de que esté de acuerdo con su contenido; peor si no lo está,

g) instrucciones en el sentido de que apoye o ataque a determinadas instituciones o personas,

h) órdenes para que legítima o ilegalmente se apropie de documentos o informaciones.

La cláusula de conciencia es una institución importante del derecho a la información, que aún deberá ir perfeccionando y superando sus insuficiencias. En ciertos casos, la aplicación de la cláusula de conciencia por parte del informador puede ser considerada por la empresa informativa como una bendición ya que por una cantidad de dinero que generalmente no representa ninguna significación para la empresa, ésta va a librarse de un comunicador “incómodo” o “escrupuloso” que estorba en esa empresa y constituye un ejemplo no deseado por el dueño o directivo de aquélla.

41 Carrillo, Marc, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

En cambio para el comunicador, la cláusula en cuestión lo ayuda a salvar su honor y ética profesional pero a cambio de perder su trabajo, especialmente en estos tiempos difíciles en el mercado laboral.

Indudablemente que hay que remeditar la cláusula de conciencia para fortalecerla y para que cada día cumpla mejor con las finalidades por las cuales fue creada, pero su sola existencia es ya un paso importante en la configuración del derecho a la información.

En México la cláusula de conciencia es poco conocida incluso de los comunicadores o informadores. Apenas comienza a ser estudiada por algunos académicos. Desde luego no existe norma alguna al respecto y hasta donde conozco, ningún contrato colectivo de trabajo de empresa informativa, la contempla.

El atraso de México respecto al derecho a la información es inmenso. No existe y no existirá una democracia plena si el derecho a la información no está completamente garantizado y con él los derechos y obligaciones de los lectores, escuchas y espectadores, de las empresas informativas y de los profesionales de la información. Nadie puede, en una sociedad democrática, ser irresponsable y avasallar los derechos de los demás.

## VIII. ALGUNAS REFLEXIONES

Los aspectos desarrollados en este ensayo con relación al derecho a la información en México, más que conducirme a conclusiones, me llevan a reflexiones con el ánimo de contribuir, algunas sugerencias que sean realistas y prácticas, a vigorizar y a fortalecer el derecho a la información en nuestro país.

México se encuentra actualmente en el círculo de la libertad de expresión y no ha podido transitar al del derecho a la información que protege una serie de garantías para hacer realmente efectiva la libertad de expresión para las personas y para la sociedad en la época contemporánea. El derecho a la información se encuentra en diversos instrumentos internacionales, en las Constituciones y en las leyes de los países en los cuales el sistema democrático está más fortalecido.

México fue un país de vanguardia respecto a las instituciones jurídicas. En la actualidad, incluso, nos cuesta trabajo aceptar las nuevas corrientes del pensamiento jurídico; aunque existen suficientes ejemplos al respecto, uno que sobresale es todo lo relativo al derecho a la informa-

ción, campo en el cual sus instituciones y principios de plano nos son desconocidas o se encuentran legislativamente en pinitos, mal o insuficientemente reguladas.

Varios de los principios del derecho a la información son derechos humanos —o como también se expresa: derechos fundamentales— y como tales las nuevas Constituciones los incorporan.

En México, la base constitucional ya existe y es más que suficiente. No es conveniente seguir reformando nuestra Constitución con frecuencia. Las instituciones y principios del derecho a la información bien pueden ser recogidos en una o en varias leyes reglamentarias y orgánicas del artículo 60. constitucional.

La situación actual que se presenta en nuestro país respecto al derecho a la información —legislación muy antigua, insuficiente y omisa en muchos aspectos— no le conviene a nadie. Ni a la sociedad, ni a las empresas informativas, ni a los profesionales de la comunicación. Por el contrario, está en los mejores intereses de todos pero especialmente de la sociedad y de cada uno de los lectores recibir información veraz y oportuna.

Aunque legislar respecto al derecho a la información es políticamente un problema difícil y delicado y así lo ha sido en diversos países, actualmente para México la situación no debería ser tan espinosa. Tenemos los ejemplos de los países más democráticos de Europa occidental.

La peor política al respecto es la de dejar hacer, dejar pasar, porque entonces unas cuantas empresas informativas —las éticamente repugnantes— y algunos comunicadores —los corruptos y mentirosos— logran imponer sus intereses particulares a los de toda la sociedad y, al mismo tiempo, desprestigian a todo el sector de los medios de comunicación masiva. Es por ello que en muchos países aquéllos van perdiendo confiabilidad; los estudios y las encuestas así nos lo señalan.<sup>42</sup> Con ese fundamento he afirmado que la existencia de reglas del juego —normas jurídicas— también es en beneficio de los medios y de los comunicadores.<sup>43</sup>

Nuestro marco jurídico respecto al derecho a la información es deficiente. Desde luego que sí, pero mucho menos de lo que generalmente se considera porque los tratados, acuerdos, pactos y convenciones internacionales que México ha ratificado son parte de nuestro orden jurídico interno.

42 Pigeat, Henri, *Médias et déontologie. Règles du jeu ou jeu sans règles*, París, Presses Universitaires de France, 1997, pp. 13, 48, 192 y 193; Halimi, Serge, *Les nouveaux chiens de garde, Libérations d'agir*. 1997, p. 102.

43 Carpizo, Jorge, *Derecho a la información...*, op. cit., p. 510.

Además, el derecho a la información es una garantía constitucional que no ha sido reglamentada, es cierto pero cuando existe en una Constitución un derecho humano no es posible anularlo con el pretexto de que el Poder Legislativo no ha cumplido con su obligación porque sería tanto como subordinar el poder constituyente a uno de los poderes constituidos; sería tanto como subordinar la Constitución a la ley.

Ciertamente existe una tesis aislada de la Suprema Corte de Justicia de 1985 —Segunda Sala— en contra de mi afirmación anterior, pero ella es contraria a las principales corrientes del derecho constitucional comparado de nuestros días y confío en que habrá de ser modificada.<sup>44</sup>

En consecuencia, esas normas —los tratados y la disposición constitucional— así como los principios respectivos deberían permitir una adecuada defensa y protección jurisdiccional del derecho a la información. El verdadero problema en México se encuentra en otro aspecto: los abogados y los jueces no hacen uso de normas y principios que unos pueden alegar y los otros aplicar: reitero, la Constitución en su artículo 6o., específicamente el reconocimiento al derecho a la información y los tratados internacionales ratificados por México.

Además, está la actitud de la persona cuyos derechos son violados y lesionados: no existe tradición en nuestro país de defender los derechos y libertades de expresión, imprenta, información, vida privada u honor

44 *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, México, Segunda Sala, t. X, agosto de 1992, tesis 2a. 1/92, núm. de registro 206 435, p. 44: "INFORMACIÓN. DERECHO A LA, ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 6O. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

La adición al artículo 6o. constitucional en el sentido de que el derecho a la información será garantizada por el Estado, se produjo con motivo de la iniciativa presidencial de 5 de octubre de 1977, así como del dictamen de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos y Primera de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de las que se desprende que: a) Que el derecho a la información es una garantía social, correlativa a la libertad de expresión, que se instituyó con motivo de la llamada *Reforma política*, y que consiste en que el Estado permita el que, a través de los diversos medios de comunicación, se manifieste de manera regular la diversidad de opiniones de los partidos políticos; b) Que la definición precisa del derecho a la información queda a la legislación secundaria, y c) Que no se pretendió establecer una garantía individual consistente en que cualquier gobernado, en el momento en que lo estime oportuno, solicite y obtenga de órganos del Estado determinada información. Ahora bien, respecto del último inciso no significa que las autoridades queden eximidas de su obligación constitucional de informar en la forma y términos que establezca la legislación secundaria; pero tampoco supone que los gobernados tengan un derecho frente al Estado para obtener información en los casos y a través de sistemas no previstos en las normas relativas, es decir, el derecho a la información no crea a favor del particular la facultad de elegir arbitrariamente la vía mediante la cual pide conocer ciertos datos de la actividad realizada por las autoridades, sino que esa facultad debe ejercerse por el medio que al respecto se señale legalmente".

Amparo en revisión 10556/83. Ignacio Burgoa Orihuela, 15 de abril de 1985, Unanimidad de cuatro votos, ponente: Atanasio González Martínez, secretario: Mario Pérez de León E.

por las vías jurisdiccionales. Las razones son varias: el costo económico de un juicio, el tiempo que el mismo consume, el escándalo consiguiente y que un simple particular se enfrenta a una empresa o a un gremio muy poderoso, que son un verdadero poder, tal y como he afirmado, y uno de los más fuertes de nuestra época. La campaña en contra del demandante le puede resultar más lesiva que la violación original de sus derechos y libertades.<sup>45</sup> Entonces, el daño y el perjuicio no se causa exclusivamente al individuo cuyos derechos se han violado, sino a toda la sociedad y a su anhelo de perfeccionar el sistema democrático.

Pobre de la sociedad en la cual no exista como regla general una información veraz y oportuna, con sentido ético y responsable. Pobre de la sociedad en la cual una persona o grupo de personas sea jurídicamente irresponsable. Esa sociedad contará entonces, con un sistema democrático débil e insuficiente.

En síntesis, considero que México puede dar pasos importantes para fortalecer su derecho a la información. Entre ellos, enunció los siguientes:

a) que este derecho se conozca mejor. Es necesario que se discuta más. Las universidades podrían organizar coloquios, mesas redondas, seminarios para divulgar los alcances del mismo;

b) que se vaya creando la costumbre de que las personas cuyos derechos y libertades son violadas en estos aspectos, acudan a la vía jurisdiccional a defenderse, que las organizaciones no gubernamentales apoyen a aquéllas que necesiten auxilio jurídico, económico o social;

c) que los abogados hagan valer ante los tribunales los alcances del artículo 6o. constitucional en cuanto establece que “el derecho a la información será garantizado por el Estado” así como los tratados internacionales ratificados por nuestro país;

d) que los jueces vayan estableciendo los precedentes judiciales y los casos más importantes puedan llegar al conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Los tribunales pueden y deben jugar un papel importantísimo para defender estos derechos y libertades y en general todos los derechos humano,

e) que cuando sea necesario, y después de agotarse todos los recursos internos, se recurra a instancias internacionales como la Comisión y, en su caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

45 Carpizo, Jorge, *El poder: su naturaleza...*, op. cit., pp. 355 y 356.

f) que como ha ocurrido en otros países, la legislación respectiva vaya expidiéndose sobre un “colchón jurídico” que son las sentencias y la jurisprudencia de los tribunales.

Desde luego que prefiero que se legisle ya y sobre todos los aspectos del derecho a la información,<sup>46</sup> y así lo he manifestado, pero después de contemplar el frustrado intento por legislar en 1998, considero que es más realista ir legislando poco a poco, sobre aquellos aspectos en los cuales los jueces apliquen e interpreten las normas respectivas y sobre aquellos otros aspectos en los cuales se va alcanzando consenso, como puede ser el acceso a documentos públicos.

Lo único inadmisibles es dejar hacer, dejar pasar, la parálisis jurídica, el desprecio a la protección de los derechos humanos y la subordinación de algunos de estos derechos a otros.

Hay que saber defender la dignidad humana en sus más diversos aspectos. Hay que saber defender el régimen democrático y los derechos, libertades y garantías que el mismo presupone y protege.

46 Carpizo, Jorge, *Derecho a la información...*, op. cit., p. 518.



## LA REPRESENTACIÓN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

José Ramón COSSÍO D.\*

SUMARIO: I. *Constitución y régimen político.* II. *La representación de la Constitución.* III. *Los fundamentos teóricos de la representación de la Constitución.* IV. *Los efectos de la representación constitucional dominante en general.*

### I. CONSTITUCIÓN Y RÉGIMEN POLÍTICO

La posición mayoritaria en el Congreso Constituyente 1916-1917 se representó y explicó a la Constitución en términos fundamentalmente políticos. La Constitución, en otros términos, era para ese grupo de hombres la plasmación del ideal político a partir del cual se había llevado a cabo la Revolución de 1910. Que los constituyentes se hayan representado a la Constitución en esos términos, nada tiene de peculiar si uno entiende que en su carácter de funcionarios electos representaban a personas, partidos o facciones, que al ejercer su función estaban tratando de imponer sus ideas sobre las de otras personas, y que a esas ideas subyacían distintas concepciones de país. La o las representaciones de Constitución producidas por los constituyentes se plasmaron en *normas específicas*, por una parte, y fundamentaron una *concepción general* de la propia Constitución, por la otra. El 1o. de mayo de 1917 entró en vigor el texto constitucional y a partir de ahí y con un grado importante de eficacia, las conductas de los habitantes del país comenzaron a normarse atendiendo a lo previsto en este texto. En términos estrictos, un nuevo orden jurídico comenzó a producirse a partir de sucesivas individualizaciones normativas: se establecieron leyes, tratados, reglamentos y normas individualizadas de carácter federal, local y municipal; se resolvieron juicios de amparo; se llevaron a cabo diversas elecciones y un

\* Jefe del Departamento de Derecho del ITAM.

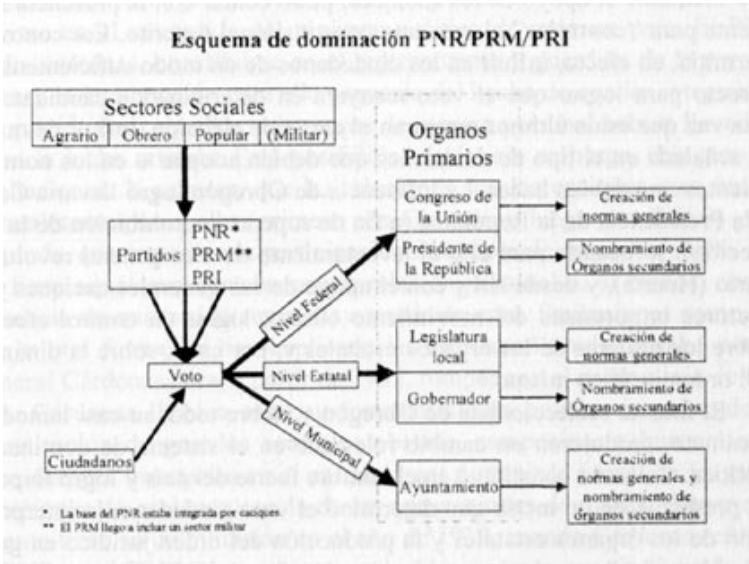
sinnúmero de nombramientos, lo cual dio como resultado la validez de la Constitución y del orden jurídico a que aquella daba lugar.

Admitida la vigencia de la Constitución (en tanto eficaz), la cuestión es determinar de qué manera se representaron y explicaron a la propia Constitución los distintos tipos de sujetos que, de uno u otro modo, tenían que ver con ella. En efecto, una vez que el poder constituyente agotó su función creadora, correspondió a dos tipos de sujetos su determinación, conceptualización y explicación: en primer lugar, y de modo preponderante, a los titulares de los poderes constituidos que debían producir normas jurídicas con fundamento directo en las normas constitucionales (legislador, presidente de la República, gobernadores, etcétera); en segundo lugar, al conjunto de profesionales del derecho que hacían de la Constitución su objeto de estudio. Dentro de la distinción tradicional que estamos siguiendo entre órganos del Estado y juristas,<sup>1</sup> nos ocuparemos de establecer el modo en que los segundos concibieron y se explicaron a la Constitución. Esta elección se debe a que el modo como la Constitución suele entenderse en un determinado país es producida por los juristas, en tanto son éstos quienes enseñan y preparan a los individuos que habrán de ocupar las posiciones jurídicas, a partir de los cuales habrán de formularse las concepciones de la Constitución y la interpretación de sus normas.

### *La Constitución y el orden jurídico mexicano*

Al entrar en vigor la Constitución de 1917 y ser ésta norma eficaz, las distintas funciones normativas que da el orden jurídico mexicano comenzaron a realizarse de conformidad con la propia Constitución. En términos generales, y atendiendo a las disposiciones originarias, las funciones del orden jurídico se pueden representar en el siguiente esquema, mismo que obtuvimos de lo expuesto en el capítulo anterior:

1 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de R. J. Vernengo, México, UNAM, 1979, pp. 349-356.



Del esquema anterior se extraen los siguientes elementos: primero, en la Constitución se confería la ciudadanía a los hombres mayores de veintún años (y de dieciocho si estaban casados); segundo, esa ciudadanía les confería el derecho de participar en las elecciones de los titulares de los órganos ejecutivo y legislativo federal y locales (así como de los de ayuntamientos); tercero, los ciudadanos votaban por los candidatos de los partidos políticos (fundamentalmente); cuarto, los resultados de la votación permitían determinar la integración de los órganos de representación apuntados; quinto, los órganos de representación llevaban a cabo la producción de las reformas constitucionales y de las normas generales inferiores a la Constitución (leyes, tratados y reglamentos), y designaban a los titulares de los órganos (federales y locales) que tenían encomendada la individualización de las normas jurídicas o el nombramiento de otros titulares de órganos estatales.

El esquema de dominación (constitucional) señalado, estuvo a cargo de los distintos caudillos militares en los años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución. Aun cuando no de un modo pleno, por parte de Carranza, y con posterioridad al asesinato de éste por Álvaro Obregón. Este último, debido a su prestigio personal y al tipo de relaciones que lo-

gró mediante el apoyo de los caciques, pudo contar con la presencia suficiente para “controlar” el esquema constitucional descrito. Ese control le permitía, en efecto, influir en los ciudadanos de un modo suficientemente directo para lograr que el voto recayera en determinados candidatos, y una vez que estos últimos ocuparan el cargo de elección, influir de manera señalada en el tipo de decisiones que debían adoptar o en los nombramientos que debían hacer. La influencia de Obregón logró llevar a Calles a la Presidencia de la República (a fin de superar la prohibición de la reelección), sofocando para ello el levantamiento de otro general revolucionario (Huerta), y desde ahí y con el apoyo de sus generales caciques y de sectores importantes del movimiento obrero, lograr un control efectivo sobre los titulares de los órganos estatales y, por ende, sobre la dinámica del orden jurídico mismo.<sup>2</sup>

El intento reeleccionista de Obregón y, sobre todo, su casi inmediato asesinato, produjeron un cambio relevante en el sistema de dominación política. Calles se constituyó en el hombre fuerte del país y logró imponer su presencia de tal modo que determinó el voto ciudadano, la interpretación de los órganos estatales y la producción del orden jurídico en general. El modo de producir esta dominación fue, inicialmente, a través de las relaciones personales con los caciques y los líderes obreros y, posteriormente, a través de las relaciones del mismo tipo, pero ciertamente más institucionalizados, a que daba lugar el PNR. Mediante la creación del Partido Nacional Revolucionario, en efecto, Calles logró unificar a las distintas fuerzas que mantenían poder o presencia local, dando lugar con ello a la formación de un “partido de cuadros” de los principales jefes de la revolución. Estando cercana la lucha, no habiéndose logrado la institucionalización de la vida civil y, por ende, encontrándose el poder político en manos de los grupos militares que actuaron o heredaron la revolución misma, los fundadores del PNR no tuvieron ningún problema para concebirse a sí mismos como los realizadores, herederos o continuadores de ese movimiento social, al punto de hacerlo partido y programa políticos. Así, en la “Convocatoria a la Convención Constitutiva del PNR” del 5 de enero de 1929, se lee que la revolución “... necesita de un organismo de vigilancia, de expresión y de sostén; y [que] esta función esencial es la que corresponde al “Partido Nacional Revolucionario”. De este modo, la re-

2 Cfr. Cossío, José Ramón, “El orden jurídico (corporativo) mexicano y el cambio democrático I y II, *Este país*, núms. 77 y 79, agosto y octubre de 1997, pp. 26-29 y 51-56, respectivamente.

volución comenzó por hacerse partido y, gracias a éste, terminó por constituirse en el *contenido* del régimen político de todo un país. El PNR pudo, entonces, constituirse en el representante y guardián de la revolución, y la legitimación para ello provenía del hecho de que los integrantes del partido eran aquellos sujetos que de manera personal habían llevado a cabo la lucha armada. Esta posibilidad tenía, sin embargo, dos grandes limitaciones: la primera, que las relaciones con los caciques eran fundamentalmente personales (primero con Obregón y luego con Calles) y, la segunda, que impedían la participación destacada de cualquier sujeto que no fuera aquél que contaba con la relación personal o, al menos, con la anuencia de quien sí la tenía. Es a partir de estas limitaciones como, de una u otra forma, se han explicado las acciones llevadas a cabo por el general Cárdenas para, a partir de 1935, romper con el predominio de Calles. Cárdenas llevó a cabo su fortalecimiento político impulsando la constitución de grandes centrales obreras, campesinas y burocráticas, para después insertarlas en el partido y así sustituir la fuerza de las organizaciones de caciques con la de las agrupaciones de masas. Este movimiento tiene su culminación en el año de 1938, cuando Cárdenas refunda al PNR en el PRM. Nuevamente, en los documentos constitutivos de esta organización se lee<sup>3</sup> que el partido es el heredero, legatario, guardián, etcétera, de la revolución, no ya por razón de los sujetos que de modo individual participaron en la lucha, sino porque en ese partido tienen cabida los obreros, campesinos, burócratas y militares que, por una parte, fueron los realizadores de la Revolución de 1910 y que, por la otra, fueron también los herederos y beneficiarios de la revolución, tal como ésta quedó plasmada en la Constitución de 1917. Así, mientras que —se decía—, el PNR se formó por el grupo vencedor en la lucha revolucionaria, y ese sólo triunfo le capacitaba para constituirse en régimen político, la justificación para constituir al PRM era distinta: era legítimo porque agrupaba a las masas sociales que realizaron la revolución y que lograron darle a la Constitución su contenido. Por esta razón, cuando el PNR ejercía el poder, estaba ejecutando o individualizando la Constitución o, lo que es igual, llevando a cabo de manera cotidiana el programa de la revolución.

En 1946 se llevó a cabo la segunda refundación del PRM, esta vez a fin de dar lugar al PRI. En este caso, las modificaciones respecto a su

3 Cfr. *Historia documental del PRI, PRM, PNR, 1934-1938*, México, ICAP, 1981, vol. 3, pp. 475-524.

inmediato antecesor no fueron tan dramáticas como en el primer caso, pues en buena medida ya se encontraban establecidas las bases corporativas que habían de caracterizar al Revolucionario Institucional.<sup>4</sup> De este modo, y nuevamente, se está frente a una organización política que a través de su participación electoral logra dominar la integración de los órganos de representación y, desde esa posición, determina los contenidos de las normas y el nombre de los sujetos que debieran integrar los distintos órganos de autoridad. Al llevar a cabo esa dominación político-electoral, el PRI, al igual que su antecesor, se concibe también como heredero de la Revolución de 1910, de ahí que deba sostener el proyecto social de la Constitución de 1917, pues al hacerlo están actualizando a la revolución misma y la legitimación necesaria para seguir gobernando. Al igual que acontecía con el orden jurídico,<sup>5</sup> el planteamiento político del PRI era totalmente incluyente: la revolución se había hecho partido, el partido régimen, el régimen se sometía a la Constitución (por ser la expresión de la lucha que dio origen al partido), y el sometimiento del régimen a la Constitución era la recreación cotidiana de la revolución misma. La necesidad por la inclusión llegó a ser tal, que se tuvo que echar mano de una temporalidad histórica mayor: la Revolución de 1910 era una más de la etapas de la lucha de los “auténticos”, de los “verdaderos” mexicanos por su libertad y su dignificación, misma que comenzó en 1810 venciendo a los españoles, representaron luego los federalistas y liberales frente a los centralistas y conservadores, siguió con las luchas entre clero y liberales, se prorrogó entre juaristas e imperialistas, y culminó con la derrota de Díaz y los científicos a manos de los revolucionarios. Con poca capacidad para distinguir los detalles, individualizar a los oponentes y comprender las ideas, la historia nacional se explicó en bloques y desde una concepción maniquea, demostrándose con ello que el PRI venía a ser el continuador, el legítimo representante, no sólo de los revolucionarios de 1910, sino de las “buenas causas nacionales” a partir de 1810. Mediante este afán incluyente se representó la historia nacional a efecto de conferirle al PRI una legitimación única en el modelo de dominación política que llevaba a cabo. El discurso incluyente es particularmente claro en los mensajes presidenciales, mismos a los cuales hay que atender en tanto éstos, a su vez, eran la expresión de las facetas jurídica y política del sistema mexicano. Desde Obregón, las menciones al movimiento fueron frecuentes, y las in-

4 *Ibidem*, vol. 5, pp. 254-284.

5 *Cfr.* nota 73.

vocaciones tuvieron por objeto justificar una variedad de cuestiones de lo más disímbolas entre sí.<sup>6</sup>

Al decir que el orden jurídico se actualizaba del modo anteriormente descrito y, que la dinámica normativa entre 1917 y 1997 tenía las características acabadas de apuntar, no estamos pensando en un modelo normativo de carácter estático, tampoco querer aludir a una modalidad puramente mecánica de producción de normas. Sin embargo, y de modo genérico, sí podemos aducir que el orden jurídico estaba sujeto a una serie de condicionantes que propiciaban ciertos patrones de regularidad en la producción e interpretación de las normas jurídicas, y que esos patrones provenían, en buena medida, de la representación que se tenía de la Constitución. Las razones en que podemos sustentar la existencia de estos patrones son de diversos tipos, y aun cuando sea brevemente, conviene dejarlas señaladas.

En primer lugar, debemos destacar las condicionantes mismas de producción de los distintos tipos de normas, comenzando por las generales. Debido a que el PRI dominaba la integración de los órganos (a nivel federal y a nivel local) de producción de leyes, determinaba el contenido de las mismas (tal como acontecía con los tratados internacionales). Al controlar la integración de los órganos legislativos federal y locales, estaba también en posibilidad de controlar el procedimiento de reformas a la Constitución (artículo 135) y determinar así la validez de las normas de todo el orden jurídico mexicano. En lo tocante a las normas generales de segundo grado, los titulares de los órganos ejecutivos estaban facultados para emitir reglamentos, acuerdos, circulares, etcétera, y determinar con ello las condiciones de aplicación de buena parte de las normas emitidas por el legislador. Pasando a las normas individuales, debemos recordar que las mismas son producidas, fundamentalmente, por los titulares de los órganos jurisdiccionales y administrativos, y que los nombramientos, sueldo, responsabilidad y estabilidad de los mismos dependían de las decisiones tomadas por los titulares de los órganos electos, o por personas designadas en razón a su “cercanía”, “amistad”, etcétera, con los titulares de los órganos identificados con el régimen.

En segundo lugar, conviene tener en cuenta que, como ya se apuntó, el predominio del titular del Ejecutivo llegó a ser verdaderamente relevante (tanto a nivel federal como local), de ahí que buena parte de las iniciativas

6 Sobre este particular, *cf.*, los cuatro volúmenes de *Los presidentes de México. Discursos políticos 1910-1988*, México, Presidencia de la República, El Colegio de México, 1988.

de ley hubieran sido presentadas por él y el sentido de las normas jurídicas se establecía, en un buen número de casos, a partir de las determinaciones expresadas por él en la correspondiente exposición de motivos.<sup>7</sup> De esta manera, cuando diversos órganos de interpretación (obviamente no todos ni en todos los casos) tenían que individualizar contenidos, lo hacían a partir de los pronunciamientos de la señalada exposición de motivos.<sup>8</sup>

En tercer lugar, la existencia de patrones se explica también por el modo como se enseñaba y se reproducía el conocimiento jurídico. Durante buena parte de los años a que nos estamos refiriendo, las élites del país se formaron en la Universidad Nacional Autónoma de México, y sus profesores dieron a conocer sus ideas mediante un número reducido de casas editoriales. El profesor Camp ha señalado sobre este particular, que en el país existieron entre 1935 y 1976, ciertos patrones en la formación de élites y de reclutamiento político, patrones en los cuales fue fundamental la función de la Facultad de Derecho de la UNAM.<sup>9</sup> Así las cosas, práctica-

7 Al respecto, *cf.* Cossío, José Ramón, y Raigosa, L., “Régimen político e Interpretación Constitucional en México”, *Isonomía*, núm. 5, pp. 41-64.

8 Los criterios jurisprudenciales fueron particularmente relevantes en la determinación de los sentidos interpretativos a partir de la voluntad del legislador. En primer momento, la posición fue, justamente, preferir la significación usual de las palabras a esa pretendida voluntad (SJF, 5a. época, Pleno, 1929, t. XXVII, p. 819. 6a. época, t. XXXVII, p. 13), sin embargo, en ese mismo año (1929), la Primera Sala declaró que en materia penal la interpretación “no debe ser ni extensiva, ni restrictiva sino sólo declarativa de la voluntad del legislador” (SJF, 5a. época, t. XXVI, p. 1277). En 1938 la Primera Sala estableció que para la interpretación auténtica debía recurrirse al *Diario de los Debates del Constituyente* (SJF, 5a. época, t. LVI, p. 629), o bien, a la exposición de motivos expresada por el legislador (SJF, 5a. época, 1948, t. XCVIII, p. 2038 y 1994, t. c. p. 1655. La propia Primera Sala determinó en 1946 una apelación de métodos interpretativos de las leyes penales, poniendo en primer término a la fuente originaria, entendida como “aquella en donde el legislador expresa de manera concreta su pensamiento y su voluntad” (SJF, 5a. época, t. XCVIII, p. 2038), y en 1952 determinó que “como consecuencia del carácter imperativo de la ley debe interpretarse (la ley) según la voluntad que ha precedido a su origen” (SJF, 5a. época, t. CXI, p. 2244). La Segunda Sala sostuvo también la voluntad o intención del legislador como criterio determinante de interpretación (SJF, 5a. época, 1953, t. CXV, p. 359; 6a. época, 1960, t. XXXVI, p. 11). Si bien en algunos otros momentos introdujo el concepto más objetivo de la “voluntad de la ley” (SJF, 5a. época, 1955, t. CXXV, p. 1685). La Cuarta Sala también sostuvo el criterio de que la jurisprudencia “sólo es la interpretación de la voluntad del legislador” (SJF, 7a. época, 1979, t. 151-156, p. 149), mientras que la Sala Auxiliar sostuvo que el legislador “actúa como unidad psicológica de voluntad” (SJF, 5a. época, 1955, t. CXXXIII, p. 802), si bien en ese mismo año también sustentó el criterio de la voluntad de la ley (SJF, 5a. época, t. CXXV, p. 1685). Finalmente, los tribunales colegiados sostuvieron que el método auténtico tenía prioridad por provenir del órgano productor de la norma (SJF, 7a. época, 1986, parte III, p. 319), que en la exposición de motivos se expresaba la voluntad del legislador y que a ella debía atenderse (SJF, época, 8a. 1986, t. I, segunda parte-1, p. 397), y que la jurisprudencia no era sino la expresión de la voluntad del legislador (SJF, 8a. época, 1988, t. XI-marzo, p. 303; 8a. época, t. XV-II, febrero).

9 *Los líderes políticos en México. Su educación y reclutamiento*, trad. de R. R. Mazzoni, México, FCE, 1985, pp. 16 y 17.



mente todo el conocimiento considerado como relevante para los abogados, provenía de esas dos fuentes, y desde ellas se generaba un predominio en todo el país debido, en buena medida, a la falta de opciones educativas. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que por ser la Universidad Nacional el centro de formación de las élites jurídicas, sus estudiantes eran preparados y gozaban de las condiciones para ocupar la titularidad de buena parte de los cargos públicos más relevantes, cargos que no se alcanzaban si no se mostraba un grado importante de aceptación de la ortodoxia jurídica en que vivía el país, *i. e.*,<sup>10</sup> las condiciones de dominación priistas y la representación paradigmática de la Constitución de 1917.<sup>11</sup> Debido también a que dentro de los órdenes romanistas el estudio del derecho se limita fundamentalmente a las normas generales, y a que la explicación de éstas se realiza a través de debates profesoraes,<sup>12</sup> no se realizaba una mínima consideración de las normas individuales ni, por supuesto, de la pluralidad de sentidos y modalidades a que con estas normas se daba lugar. El derecho explicado para todo el país era el federal, desde el punto de vista de los profesores de la UNAM.

Si consideramos ahora en conjunto las tesis acabadas de exponer, en alguna medida hemos expresado las razones por las cuales es posible señalar que en nuestro orden jurídico se dieron, primero, ciertos patrones de interpretación relativamente regulares y, segundo, porque había en esos patrones un grado importante de aceptación de la ideología priista. El derecho público predominante era visto como la individualización de un texto constitucional que resultaba del mismo movimiento social que daba origen

10 En este sentido, el propio Camp señala (*Los intelectuales y el Estado en el México del siglo XX*, trad. de E. Suárez, México, FCE, 1988, p. 36), “A medida que el proceso de reclutamiento político en México se vuelve más centralizado y homogéneo, se vuelve cerrado. Se reduce el conjunto de los individuos entre los cuáles se recluta a los políticos, y sus miembros deben tener características similares para llegar a la cima”. Igualmente, *cfr.* Hargens, L. L. y Hagstrom, W. O., “Scientific Consensus and Academic Status Attainment Patterns”, *Sociology of education*, 1982, vol. 55, pp. 183-196.

11 *Ibidem*, pp. 156 y, especialmente, 157-200. La página 216 concluye Camp: “Esta última (la Facultad de Derecho de la UNAM) ha contribuido con el mayor número en términos absolutos, de políticos con éxito, pero debido a su tamaño, si se le compara con otras escuelas, las de economía e ingeniería han contribuido proporcionalmente, con un mayor porcentaje de sus graduados al sector público. Más que los estudiantes, los profesores han sido los principales responsables del inicio de carreras públicas. Los alumnos, por su parte, han tenido un efecto similar en los patrones de carrera tardío de sus compañeros. Si bien no se cree que la Universidad tiene una influencia exclusiva sobre el reclutamiento y la movilidad en la carrera, si tiene un papel más importante que cualquier otra institución u organismo *por sí solos* en México”.

12 Sobre este particular, *cfr.* Van Caenegem, R. C. *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 173-177; *Judges, Legislators and professors, Chapter in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

al régimen, se actualizaba con cada actuación del régimen y al actualizarse mantenía viva la revolución, fundamento legitimante de la dominación priista. Dejar actuar a un régimen que fundaba sus actos en la Constitución era dar paso a la revolución permanente, aquella conducida por el PRI.

## II. LA REPRESENTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Frente a una realidad en la que el derecho y la Constitución eran así concebidos por un régimen hegemónico e incluyente, ¿qué tipo de explicaciones produjeron los juristas respecto al propio derecho pero, sobre todo, respecto a la Constitución de 1917?

### 1. *Los enfoques posibles*

Comenzando con una distinción genérica, podemos decir que las representaciones de la Constitución podían reducirse a dos *posibilidades* iniciales: primera, a una concepción desde el punto de vista jurídico-normativo y, segunda, a una concepción desde el punto de vista político. La adopción de una u otra daba lugar, desde luego, a la toma de diversas posiciones, así como al planteamiento y eventual aceptación de distintas consecuencias.

#### A. *El enfoque normativo*

En términos generales, la aceptación de un enfoque normativo trae como consecuencia comprender a la Constitución en términos funcionales, *i. e.*, a partir de las funciones que ella y sus normas cumplen respecto del orden jurídico. Así, y atendiendo a las funciones que suelen cumplir, tales normas se analizarían en razón a la determinación de los órganos, procesos y contenidos que deben cumplir o satisfacer el resto de las normas del sistema para ser válidas. En esta concepción, entonces, tendría que darse cuenta de conceptos tales como los de *supremacía*, *fuentes de fuentes*, etcétera. Este tipo de enfoque, aun cuando pueda dar lugar a distintas modalidades, tiene como propósito fundamental concebir a la Constitución como un conjunto de normas de jerarquía final para, a partir de ahí, proponer interpretaciones a las distintas normas que la componen. Estas interpretaciones, a su vez, son producidas desde la posición ideológica de quien las lleva a cabo, pero siempre bajo la aceptación de dos

supuestos: primero, el del carácter normativo y positivo de la norma y, segundo, el de la posibilidad de que diversas interpretaciones compitan entre sí. La razón para sostener la primera noción estriba en el hecho de que las normas constitucionales son normas debido al hecho fundamental de que alguien las puso (normalmente a partir o de un acto de fuerza), que esas normas permitieron crear otras, y que el conjunto de ellas adquirió eficacia. Las razones de la segunda noción (posibilidad de diversas interpretaciones) descansan en el supuesto de que las interpretaciones de las normas son hechas por un conjunto de profesionales, quienes teniendo como punto de partida una serie de normas jurídicas, construyen con ellas los sentidos de las interpretaciones posibles. En este segundo caso, se distingue (aun cuando no explícitamente), entre las funciones llevadas a cabo por el órgano productor de normas y las que realiza el jurista que debe pronunciarse, justamente, sobre el sentido de las normas creadas.

### B. *El enfoque político*

Al lado de la interpretación normativa, conocida desde hace años en nuestro país desde las posiciones de las escuelas exegetica, de conceptos o kelseniana, existía una segunda propuesta teórica acerca del modo de concebir la Constitución, misma que para simplificar podemos denominar *política*. En este caso, la explicación de la Constitución y de sus normas no es ya funcional, sino que en tanto entiende que el derecho es producido por el poder, se acepta que la Constitución deba explicarse también desde ese punto de vista. La noción de norma pasa aquí a un segundo plano, pues la misma no tiene relevancia o autonomía. Así, determinada una relación de causalidad entre poder y normas, ¿qué sentido o importancia tenía explicarse las segundas cuando se podían conocer los consensos o causas *determinantes* de las propias normas? Desde el punto de vista político, el estudio relevante de la Constitución consiste o en construir una teoría que explique en general las causas de la dominación política y su plasmación (también general) en normas o, precisamente, en identificar el movimiento o fuerza que propicia cierta dominación para a partir de ahí identificar y explicar las normas concretas de esa dominación. Las explicaciones políticas de la Constitución requieren, entonces, identificar ideologías, relaciones de fuerza, sustancias, proyectos sociales, etcétera, pues cada uno de esos elementos será, a fin de cuentas, determinante para la comprensión de la Constitución y, sobre todo, de sus normas.

## 2. La representación de Constitución de los juristas mexicanos

Si frente a los dos modos de ver la Constitución teóricamente *posibles* a lo largo de este siglo, nos preguntamos por aquel que mayoritariamente siguieron los juristas mexicanos, definitivamente tenemos que pronunciarnos por el político. En efecto, si revisamos, y aquí es importante atender a las condiciones que postulamos, la mayor parte de los escritos de la mayor parte de los autores nacionales (lo cual quiere decir que hay posiciones diversas en un número relativamente reducido de autores), tenemos que el punto de vista político prevaleció sobre el normativo aun cuando, y por la importancia institucional de los sostenedores del propio punto de vista político, el mismo haya llegado a ser determinante tanto en el discurso académico como en los pronunciamientos de los órganos del Estado.

Para demostrar nuestra afirmación acerca del sostenimiento del punto de vista político, son los dos caminos que podemos seguir: en primer lugar, identificando a la totalidad de los autores relevantes en el país, identificar sus principales tesis y, finalmente, establecer si efectivamente pueden incluirse en la corriente política; en segundo lugar, identificando las principales *tesis* del pensamiento constitucional, evidentemente a partir de la lectura de los autores relevantes, para después darles la asignación apuntada. Entre las dos opciones señaladas, nos parece más adecuado proceder en términos de la segunda, debido a que no nos obliga a realizar una investigación individualizada y sí a lograr el resultado final al que aspiramos: saber cómo es que, en conjunto, se concebía a la Constitución en nuestro país. Si recordamos que para Barry, Bloor y Henry, un conocimiento no puede establecerse de manera detallada sino, más bien, de un modo genérico y en razón a sus condiciones de desarrollo,<sup>13</sup> es válido metodológicamente proceder de la segunda manera.

Analizando la obra de los autores que en materia de derecho constitucional podemos considerar más representativos en el pensamiento jurídico nacional en los últimos setenta años, podemos identificar las siguientes tesis:

*Primera:* El liberalismo, producto de la Constitución de 1857, era un modelo imperfecto de convivencia, en tanto se constreñía a limitar la actuación del Estado, de ahí que el mismo haya sido superado por un mode-

13 *Scientific Knowledge. A Sociological Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997.

lo superior de convivencia que garantizaba a los individuos y grupos ciertas condiciones materiales mínimas;

*Segunda:* el individuo debía ceder su posición en favor de la colectividad, expresada y garantizada en el texto constitucional;

*Tercera:* debía reconocerse la presencia constante y el mejoramiento permanente de las grandes masas de la población, pues éstas, en particular los obreros y campesinos, habían sido la causa y el motor de la revolución;

*Cuarta:* la Revolución mexicana representaba una etapa más del devenir del pueblo mexicano, luego de haber logrado independizarse del imperio que lo dominaba y de haber establecido una reforma en materia de garantías individuales y relaciones Estado-Iglesia;

*Quinta:* aun cuando fuera una más de las etapas de una larga y penosa evolución nacional, la Constitución de 1917, resultante de un movimiento social, tenía un sentido originario y exclusivo en la historia universal, lo cual demostraba que el pueblo de México, pero sobre todo su Constitución, debían ser objeto de aceptación y admiración;

*Sexta:* por ser el producto de una evolución (1810-1910) y de una revolución (1910-1916) propias, la esencia de la Constitución de 1917 era tan nacional, tan peculiar, que su comprensión sólo podía hacerse desde la mexicanidad,<sup>14</sup> lo cual descalificaba de entrada a los estudios “extranjizantes” que sobre ella quisieran realizarse;

*Séptima:* la Constitución mexicana hizo realidad el ideal de la revolución por una mayor justicia social y por una igualdad real en favor de la dignidad, de tal manera que esos ideales constituyen su *esencia* misma;

*Octava:* la Revolución mexicana se hizo norma constitucional, de ahí que la *creación*, la *interpretación* y, en general, el *sentido* de ella, no eran sino la ejecución o realización de la revolución misma;

*Novena:* la Constitución, por ende, debía explicarse a partir de los antecedentes, supuestos, ideales, programas, etcétera de la revolución, y no atender de modo determinante a sus características jurídicas, pues esto último hubiera llevado a realizar un ejercicio puramente “técnico”, “frío”, “impersonal” de una Constitución que provenía de un movimiento social vivo. Así la Constitución tenía que entenderse en términos sustanciales (y no funcionales), pues ello permitía llegar a comprender su “esencia”;

14 Gaos, J., “En torno a la filosofía del mexicano”, *Obras completas*, México, 1996, t. VIII, pp. 338-349, principalmente donde expone el círculo vicioso en que se incurre al hablar “de lo mexicano” en términos sustancialistas.

*Décima:* si la Constitución era el producto de una revolución, es decir, de un movimiento armado que había luchado y había triunfado, la Constitución contenía las “decisiones políticas fundamentales” de ese movimiento, de manera tal que no podía ser comprendida sólo a partir de tales decisiones;

*Decimoprimera:* al ser la Constitución el producto del movimiento revolucionario, debía aceptarse su *supremacía* en tanto recogía las grandes decisiones políticas; sin embargo, debido a que tales decisiones eran políticas, no podía aceptarse la normatividad constitucional, pues ella hubiera conllevado la aceptación de un criterio “técnico” o “formal” para la interpretación de su texto;

*Decimosegunda:* la Constitución y, sobre todo, la dominación política ejercida con base en ella, eran legítimas en tanto una y otra eran producto de un movimiento social encaminado a lograr “el constante mejoramiento de los miembros más pobres y desprotegidos de la sociedad”;

*Decimotercera:* las garantías individuales o derechos humanos eran connaturales al hombre y, por ende, anteriores al Estado, y por su propia importancia debían ser comprendidos de manera sustancial y con profundidad, y no verse sólo a partir de la técnica jurídica, pues ello daba lugar a explicaciones inadecuadas, y

*Decimocuarta:* a pesar de las innumerables reformas que se hubieran producido a la Constitución de 1917, por un lado se mantenía su esencia misma en tanto ninguna de ellas desconoció, ni pudo desconocer, el proyecto primigenio y, por otro lado, todas ellas estaban justificadas en tanto eran también la adecuación del movimiento que les había dado origen.

Si consideramos en conjunto las tesis apuntadas, resulta evidente que varias de ellas son contradictorias con respecto a otras. Así, por ejemplo, es difícil sostener que algunas de las normas constitucionales son preexistentes a la Constitución y otras el resultado de una lucha política que dio lugar a ella; igualmente, parece complicado admitir que la totalidad de las reformas constitucionales llevadas a cabo entre 1917 y 1997 resulten de las mismas “fuentes” que dieron lugar a la revolución de 1910; por último, también resulta difícil entender cómo es que el liberalismo fue completamente “derrotado” por las ideas sociales producidas en y por la revolución, cuando varios preceptos constitucionales tienen un origen liberal.

Frente a estas contradicciones, puede adoptarse una de las siguientes soluciones: primera, estimar que los juristas mexicanos efectivamente in-

currieron en esas contradicciones o, segunda, establecer que no había tal contradicción atendiendo a los términos de su propio discurso. Desde nuestro punto de vista, la segunda de las opciones es correcta en tanto que, efectivamente, el conjunto de las tesis formuladas se articulaban a partir de una concepción adicional y no siempre explicitada. Para comprender esta última cuestión, resumamos las tesis apuntadas: con anterioridad a la Constitución de 1917 existían una serie de derechos naturales de las personas y una tradición jurídica nacional desenvuelta por etapas que, con motivo del movimiento armado de 1910, dieron lugar a una serie de decisiones que fueron llevadas a la Constitución. El doble origen de la Constitución (histórico-natural y político-social) dio lugar a un texto único que se legitimaba por ese doble origen. Debido a sus peculiaridades genéticas y materiales, cualquier reforma o adición constitucional gozaba del influjo originario, de manera tal que todo cambio fue la develación de la idea originaria. Para poder sostener tal originalidad era preciso reconocer la falta de importancia de las etapas anteriores, primordialmente del liberalismo, pero no en la medida que impidieran mantener la “dialéctica” de la historia jurídica nacional. Superados estos obstáculos históricos, y determinado el doble origen de la Constitución, se estaba en posibilidad de asumir que la Constitución se reducía en su esencia a un conjunto de *decisiones políticas fundamentales* derivadas de los *factores reales del poder* que, por lo demás, habían decidido reconocer y someterse a una serie de derechos individuales preexistentes.

Apuntado que la Constitución se representaba de modo político, volvamos al problema de la unificación de las tesis, asunto que nos llevará también a exponer cómo se dieron las relaciones entre juristas y poder político.<sup>15</sup> Una primera cuestión a determinar es que el modo como la Constitución fue concebida, comenzó a darse a partir de los años 40. Si nos preguntamos qué acontecía en esa época, debemos recordar que eran los años de consolidación de los sistemas de partido hegenónico y presidencialismo “imperial” o, como lo ha llamado Molinar, de la formación del sistema político “clásico”.<sup>16</sup> Esta distinción temporal no es en modo alguno trivial, pues lo primero que debe tenerse en cuenta es que la idea que en nuestro país se formó de la Constitución no era *natural*, sino que

15 Florescano, E., “Breve incursión en los sótanos del oficio”, *La historia y el historiador*, México, FCE, 1997, p. 40.

16 Molinar, Juan, *El tiempo de la legitimidad. Elecciones, autoritarismo y democracia en México*, México, Cal y Arena, 1993, p. 17.

fue construida de modo específico por los juristas.<sup>17</sup> Una cosa es reconocer que en el Constituyente de 1916-1917 prevaleció cierta idea de Constitución y otra suponer que por ese sólo hecho los juristas tenían necesariamente que adoptar tal idea.

Frente a la posibilidad de “elegir” entre varios modos de representarse a la Constitución, nos parece que los juristas mexicanos optaron por formular una imagen (y consecuentemente, una explicación) en relación directa con el tipo de dominación política que se estaba llevando a cabo en el país. En otros términos, una vez que se había establecido la Constitución de 1917, con base en ella se había dado un régimen que se legitimaba en razón de la aplicación de la propia Constitución, y se habían comenzado a dar también un modelo político de dominación por parte de un partido que se designaba así mismo como el portador del ideal revolucionario establecido en la Constitución, los juristas se formularon una idea de la Constitución que ayudaba a justificar ese modo concreto de dominación política. En razón de esta posición respecto al régimen, es posible agrupar las tesis presentadas con anterioridad, pues esa misma posición justificaba y permitía que todas ellas tuvieran un sentido uniforme.

Si en efecto, por una parte, el problema de los juristas mexicanos era lograr la conformación de un objeto de estudio y, por la otra, las condiciones imperantes en el país determinaban las condiciones sociales, profesionales, económicas, etcétera, de los propios juristas, sea en lo individual o como miembros de un gremio, parecía importante conformar el objeto de estudio de manera que ayudara a sostener tales condiciones sociales imperantes. Al efecto, y volviendo sobre las tesis expuestas, sólo que esta vez ordenadas a partir de los presupuestos acabados de apuntar, veremos que los juristas mexicanos no formularon un pensamiento contradictorio. Si la Constitución era, simultáneamente, el producto de una dialéctica histórica, de un conjunto de derecho inherentes a la persona y de las decisiones tomadas por los triunfadores de un movimiento armado, el producto resultante debía ser considerado supremo y dotado de un altísimo grado de legitimidad. El segundo problema consistía en lograr que los elementos “propios” de la Constitución se pudieran hacer extensivos al régimen político que de manera continua se venía ejerciendo, logrando

17 Un ejemplo particularmente interesante acerca de estas posibilidades de concebir diferenciadamente al derecho, se encuentra en Frickey, Ph. P., “*Adjudication and its Discontents: Coherence and Conciliation in Federal Indian Law*”, *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 8, junio de 1997, pp. 17-57, principalmente.



así la legitimación del régimen mismo. El modo de lograr esta segunda y más delicada solución se llevó a cabo también a partir de la aceptación de un punto de vista puramente político, en donde si la Constitución se aplicaba por el régimen, la aplicación resultaba legítima y el régimen, por ende, también lo era. Aquí valían los argumentos que hablaban de un liberalismo “agotado” a partir de 1910, pues ello permitía y justificaba una actuación más decidida y activa del Estado, y también se lograba la permanencia del régimen político y del modelo de dominación consiguiente por el sólo hecho de suponer que las “decisiones” previstas en la Constitución eran fundamentales y que su cambio, por ende, exigía de un movimiento nuevo y violento. Así, se entendía que el Estado debía tener amplios márgenes de actuación, y que tal situación únicamente se podía modificar por un acto de fuerza nuevo y violento.

Debido a que la Constitución se formulaba a partir de las condiciones autoritarias ya explicadas, la apelación a los factores constituyentes que le daban contenido a las decisiones políticas fundamentales propiciaba una doble situación. En primer lugar, le daba al régimen unas condiciones de uniformidad prácticamente absolutas, pues en una misma Constitución había historia, revolución y derechos naturales. Al apelarse a cualquiera de estas tres fuerzas como estándar o punto de referencia para contrastar a la propia Constitución o al régimen, la respuesta era obvia: la Constitución era ya historia, revolución y derechos naturales, de manera que ello funcionaba como parámetro final sin posibilidad alguna de apelación a un elemento “superior” previo. La función que cumplía aquí el conocimiento era perversa: a final de cuentas, todo el régimen y toda la Constitución debían valorarse a partir de sí mismos, sin posibilidad alguna de utilizar ni los criterios superiores apuntados (en tanto incorporados), ni las nociones del pluralismo político o el relativismo valorativo o normativo (en tanto prevalecía un régimen autoritario). Esta noción de Constitución, entonces, era el instrumento perfecto para un régimen que aspiraba a la homogeneidad social y para el cual la democracia se reducía a un problema de sustitución periódica de los titulares de los órganos, pero no de las condiciones de dominación, de las élites o de los postulados generales del régimen.

En segundo lugar, el hecho de que la Constitución se concibiera como producto de las “fuerzas” apuntadas y comprendiera entre sus decisiones fundamentales los llamados “derechos sociales” o, lo que es igual, el conjunto de reivindicaciones obreras y campesinas, era de lo más apro-

piado para lograr la dominación directa de esos grupos obreros y campesinos. Dadas las condiciones de dominación corporativa consolidadas a comienzos de los años 40, y siendo obreros y campesinos los sujetos directos de tales relaciones corporativas, era sumamente relevante exaltar de modo directo el pensamiento de los constituyentes a fin de hacer ver que el régimen tenía su origen y destino en la elevación de las condiciones de los grupos que sostenían los mecanismos electorales del partido. Que no se pudiera resolver esta cuestión en lo inmediato no era obstáculo para sostener tal ideología, pues a final de cuentas el país era pobre, atrasado y, justamente por ello, debían mantenerse las condiciones de dominación para superar tal estado de cosas.

### III. LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA REPRESENTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Si miramos el modo como los autores mexicanos sustentaron sus explicaciones acerca de la Constitución tenemos que, efectivamente, los mismos privilegiaron el “punto de vista político”. Los juristas mexicanos, al adoptar este punto de vista, privilegiaron ciertos aspectos y, evidentemente, dejaron de lado otros. Como es evidente, llevar a cabo esa construcción tan relevante en favor del régimen no podía lograrse apelando exclusivamente a las propias categorías de la Constitución, pues ello hubiera conducido, en el mejor de los casos, a retomar las categorías de la revolución social de 1910 tal como se habían expuesto por el Constituyente de 1916-1917. Por este motivo, nos parece que los juristas mexicanos consideraron tres corrientes “teóricas” adicionales para darle sistematización a su obra: primera, una corriente histórica, mediante la cual sostuvieron que el estado de cosas existentes era producto de las leyes mismas de la historia nacional y que, en virtud de tales leyes, no había otra posibilidad o realidad que aquella que se enfrentaba; segunda, una corriente de carácter iusnaturalista, a través de la cual se lograba conferirle al orden jurídico, nuevamente, un carácter supremo y “moralmente correcto”, al punto de impedir que ese orden (producto de una dominación autoritaria) pudiera ser contrastado contra cualquier parámetro superior; finalmente, una corriente de pensamiento de tipo decisionista, mediante la cual se pudiera justificar que el derecho era producto de una fuerza social actuante desde la revolución, que tal fuerza se había “manifestado” mediante decisiones políticas fundamentales y que cualquier modifica-

ción de tales decisiones fundamentales requería necesariamente de la actuación de una nueva fuerza social.

### 1. *Las leyes de la historia y ahistoricidad constitucional*

En lo tocante al primer requerimiento teórico, las leyes de la historia, hemos apuntado que simplemente se trataba de encontrar dos soluciones: que la evolución de la historia jurídica nacional era el producto de un devenir histórico que había avanzado por etapas, donde cada una de ellas representaba la continuación y el perfeccionamiento de los anteriores, y que la Revolución mexicana y la Constitución de 1917 eran una etapa más de esa evolución. La necesidad de encontrar tales constantes produjo una explicación extraordinariamente simple de las historias nacional y del derecho, sobre todo por que se redujeron a descripciones muy vagas de las normas jurídicas o de sus sucesivas reformas, o a la estimación del derecho como parte de un bloque o etapa dentro de la “dialéctica nacional”. La historia del derecho, desde esta perspectiva, era una construcción elaborada a partir de un punto final cierto y predeterminado: la preparación de la etapa superior que se vivía. No se trataba, entonces, de identificar hechos relevantes, de describir sentidos de interpretación o de encontrar las razones de producción de las normas jurídicas, sino de ir entrelazando normas y acontecimientos para demostrar la “concordancia” del derecho con esa evolución. Así, y en síntesis, la historia del derecho y la consideración general del derecho público (con contadas excepciones) no fueron sino la representación de la ley de la historia nacional.

### 2. *Iusnaturalismo y autoritarismo*

El segundo apoyo teórico provino del iusnaturalismo. Aquí, argumentando la protección del hombre frente al abuso del poder y la necesidad de conferirle al individuo el mayor grado de autonomía posible frente al Estado, se echó mano de las tesis que sostenían la preexistencia de los derechos del hombre frente al mismo. Desde el momento en que se aceptaba la existencia de tales derechos, por una parte, y se incorporaban éstos al orden jurídico, por la otra, se producía una situación en la cual el orden jurídico no podía ser injusto, inmoral, opresivo, etcétera, toda vez que recogía aquellos elementos que determinaban de por sí la dignidad del individuo. Es importante destacar que la preminencia de tales derechos no se hacía descansar en ninguna de las teorías éticas o iusfilosóficas que se

fueran desarrollando a lo largo del siglo XX, sino que tal carácter únicamente se hacía descansar en su reconocimiento directo y acrítico. Haber optado por un sustento teórico más amplio habría significado entrar en una competencia por las ideas y, de ese modo, exponerse a las críticas que se formulaban. Por el contrario, sostener el carácter de los derechos humanos en cuanto a su trascendencia y superioridad a partir únicamente de las justificaciones de la libertad, el respeto al individuo y la dignidad de las personas en un régimen autoritario sustentado en el orden jurídico que se suponía recogía tales derechos, significaba justificar el modelo de dominación que se venía realizando.

### 3. *Los teóricos decisionistas*

Mediante la tercera vía de apoyo teórico, posiblemente la más importante de todas, se buscó sostener que la Constitución debía estudiarse en términos políticos, debido precisamente al hecho de que la misma, primero, era el producto de un movimiento de ese tipo y, segundo, porque esencialmente se componía de decisiones políticas. Decimos que en esta explicación se justifica o sostiene de modo fundamental la percepción política de la Constitución, debido a que mediante ella se logra conferirle su sentido de fuerza, de realización y, por consiguiente, ello permite realizar su análisis en esos términos.

Es importante insistir en que si bien es cierto que el Constituyente de 1916-1917 se apoyó (al menos en la opinión de la mayor parte de sus integrantes) en un entendimiento político de la Constitución, ello no significaba que tal opinión tuviera *necesariamente* que ser adoptada por los juristas mexicanos. En realidad, nos parece que debido al intento justificatorio que se pretendía hacer de la revolución, la Constitución y el régimen, se buscó sostener el punto de vista político que permitía ver a la Constitución como el producto de una fuerza social “todavía” presente y actuante.

#### *A. Lassalle y la justificación del régimen en la fuerza del poder*

Planteada la necesidad justificatoria acabada de apuntar, los juristas echaron mano de las dos teorías decisorias más importantes de su época: la de Ferdinand Lassalle y la de Carl Schmitt. Comenzando con la primera de ellas, recordemos que Lassalle pronunció en 1862 una conferencia ante una agrupación de ciudadanos en Berlín a fin de responder a la pre-

gunta ¿qué es una Constitución?<sup>18</sup> En términos generales, el modo en que ese autor responde a tal pregunta puede resumirse de la siguiente manera: Lassalle comienza apelando a la necesidad de lograr la mayor pureza en la ciencia, misma que identifica con claridad y, a partir de ahí, invita a sus oyentes a despojarse de todos sus prejuicios a fin de poder recibir la claridad del conocimiento que habrá de exponerles.<sup>19</sup> Señaladas estas premisas, Lassalle se pregunta nuevamente por aquello que sea una Constitución, rechazando de inmediato aquellas respuestas que pudieran plantear los juristas pues, dice, éstos se limitan a contestar sobre los orígenes o funciones de ella, pero no aquello que *sea*. Esto le lleva a buscar una respuesta esencialista y atemporal a fin de “descubrir” aquello que *la* Constitución *sea*. Lassalle procede entonces mediante la utilización del género próximo y la diferencia específica, comparando a la Constitución con aquello que encuentra más parecido: la ley. Como semejanza, Lassalle encuentra que ambos deben ser promulgadas; sin embargo, sigue diciendo: el que esto sea así no quiere decir que sean iguales, pues las Constituciones son *algo más* que simples leyes. Para determinar ese *algo más*, Lassalle acude a varios ejemplos y concluye afirmando que la Constitución es la *ley fundamental* de un país. Hecho lo anterior, la pregunta atañe a aquello que permite caracterizar a una ley como fundamental, misma que responde en los siguientes términos: una ley es fundamental si ahonda más que las demás leyes; si constituye el fundamento de otras leyes, es decir, que “*informe*” y “*engendre*” las demás leyes basadas en ella, y que *domine* a las cosas de tal manera *que les impida ser de otro modo*, toda vez que la fundamentalidad opera como *ley necesaria*. Así pues, para Lassalle la fundamentalidad consiste en la imposición necesaria de la ley (a la manera de las leyes naturales) respecto de todo aquello que le esté subordinado, de ahí que *necesariamente* (en sentido natural) las cosas deban ajustarse a ella. De este modo, para que una Constitución sea ley fundamental debe *dominar* a la totalidad de las leyes “subordinadas” y, de no hacerlo, no puede considerarse que cuenta con tal fundamentalidad. Lassalle encuentra que aquello que tradicionalmente se llama Constitución (el decreto escrito), no cuenta con la fuerza informadora necesaria para darle tal fundamentalidad (en razón de que no *domina* a las

18 La obra lleva el mismo título, y en lo que sigue se cita por la edición de la editorial Ariel (Barcelona, 1976), cuya traducción fue hecha por Wenceslao Roces.

19 Sobre el concepto de ciencia en Lassalle, *cfr.* *La science et les travailleurs, Discours et Pamphlets*, V. Dave/ L. Remy, trad., París, U. Giard/E. Briere, 1903, pp. 75-140.

leyes), de ahí que esa función de fundamentalidad deba buscarse en otro lado. Llegado a este punto, Lassalle afirma que tal fuerza de dominación se encuentra en los llamados “factores reales de poder”, es decir “... esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que *no puedan ser*, en sustancia, *más que como tal y como son*”.<sup>20</sup>

Debido a la temporalidad de cada sociedad, los factores reales de poder varían en cada una de ellas, al punto que cada sociedad tiene los propios y, por ende, su ley fundamental o Constitución. Ahora bien, ¿a qué nos conduce sostener una posición como la de Lassalle? En primer lugar, es importante reconocer la inicial apelación al normativismo, mismo que se logra al “desplazar” las categorías de pensamiento “o prejuicios” del auditorio; en segundo lugar, nótese también los sucesivos cambios de la expresión “ley”, desde un sentido fundamentalmente normativo hasta otro físico o causal; en tercer lugar, el sentido propio de la Constitución se hace recaer en su poder de dominación o fuerza real para, finalmente, estimar que esa fuerza radica en factores de fuerza social y que es a través de ella que se ejerce la dominación política “real”.

Si recordamos la función de denuncia del escrito de Lassalle, su biografía socialista, etcétera.<sup>21</sup> fácilmente podemos entender que estaba planteando la necesidad de que el pueblo no se dejara engañar con las modificaciones al texto de la Constitución. En su conferencia buscaba que ese mismo pueblo entendiera que la dominación de que era objeto *no* provenía del texto constitucional, sino de los “factores reales de poder” que le daban origen. Cuando en el caso mexicano, por el contrario, se recibe esa doctrina de manera acrítica, con el propósito de “aplicarse” a un orden jurídico autoritario, y a efecto de sostener que tal orden necesariamente resulta de ciertos factores de poder (la revolución, el régimen, la historia nacional, etcétera) lo que se logra es establecer una vía o modo privilegiado para justificar el *statu quo*.

20 *Ibidem*, p. 62.

21 *Cfr.*, la introducción de Eliseo Aja, a la obra de Lassalle, pp. 5-41; Lukács, G., *El asalto a la razón*, trad. de W. Roses, Barcelona, Grijalbo, 1975, pp. 52 y 53; Dayan-Herzbrun, S., *Correspondance K. Marx-F. Lassalle 1848-1864*, París, Presses Universitaires de France, 1977, pp. 7-41.

## B. Schmitt y la imposibilidad de cambio del régimen imperante

La segunda de las corrientes aludidas, la correspondiente a Carl Schmitt, fue adoptada por un amplio número de autores nacionales,<sup>22</sup> si bien de un modo parcial. En realidad, podemos decir que en México no se llevó a cabo una lectura completa de las obras de este autor ni se asumieron en plenitud los supuestos que guiaron sus distintos escritos. El modo como los autores “se apoyaron” en Schmitt fue a partir de algunos de sus principales conceptos, lo que no puede verse como un ejercicio inocente. Así, el modo como Schmitt fue estudiado y explicado posiblemente se explique por la intención “pragmática” de nuestros juristas, *i. e.*, más por el intento por obtener algunos puntos de apoyo para sostener la interpretación político-decisionista de la Constitución, que por realizar una labor exegética de la totalidad de su obra. Esta parcialidad en el estudio nos permite, sin embargo, enfrentar de un modo más preciso la “reconstrucción” del pensamiento de Schmitt<sup>23</sup> ya que nuestro interés por ahora estriba en relacionarlo con la dogmática constitucional mexicana.

Desde el momento en que los autores nacionales aplicaban selectivamente a Schmitt, lograban introducir una serie de elementos que, pareciendo neutrales, en realidad permitían apoyar el modelo de dominación imperante. Nuestros autores utilizan de modo constante y crucial el concepto schmittiano de las “decisiones políticas fundamentales”. Para comprender cabalmente el sentido del mismo y su utilización, analizaremos tres cuestiones: primera, ¿cuáles son los presupuestos del concepto decisiones políticas fundamentales?; segunda, ¿cuáles son las consecuencias que conlleva sostener tales conceptos en la teoría schmittiana? y, tercera, ¿qué consecuencias tuvo su utilización en México?

Como se sabe, Schmitt distinguió en su célebre “Teoría de la Constitución”<sup>24</sup> cuatro conceptos de Constitución, denominados absoluto (“la Constitución como un todo unitario”), relativo (“la Constitución como una pluralidad de leyes particulares”), positivo (“como forma y modo de ser de la unidad política”) e ideal (“llamado así en un sentido distintivo y a causa de un cierto contenido”). De estos cuatro conceptos, por ahora

22 Este aspecto fue puesto de relieve con anterioridad por el suscrito y por el profesor Luis Raigosa en el artículo que cito en la nota 85.

23 Esta nota es adecuada en tanto que los diversos exégetas del pensamiento de Schmitt apuntan la dificultad propia de su pensamiento y la variación de su discurso en el tiempo y las condiciones en que lo produjo.

24 Trad. de F. Ayala, México, Editorial Nacional, 1981, pp. 3-47.

nos ocuparemos del tercero, el positivo, en virtud de que es respecto del mismo que se establecen los supuestos y el sentido de las “decisiones políticas fundamentales”. El modo de presentar el argumento es el siguiente: *primero*, es necesario distinguir entre Constitución y leyes constitucionales, y no limitarse a disolver la primera en una pluralidad de leyes para después tratar de agruparlas mediante una categoría formal;<sup>25</sup> *segundo*, la Constitución surge mediante un acto de poder constituyente, mismo que “...no contiene como tal normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia”;<sup>26</sup> *tercero*, el acto “constituye” la forma y el modo de la unidad política debido a que esa unidad es anterior al acto constituyente;<sup>27</sup> *cuarto*, lo cual implica afirmar entonces que la misma unidad no surge de la Constitución, en tanto la “... Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*”;<sup>28</sup> *quinto*, esa Constitución no es absoluta ni vale en razón de sus elementos internos o su propia sistemática;<sup>29</sup> *sexto*, en realidad, “la Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da”;<sup>30</sup> *séptimo*, a diferencia de la Constitución, las leyes constitucionales valen en virtud de la Constitución y presuponen a ésta;<sup>31</sup> *octavo*, esto último es así, en tanto que frente a la decisión existencial misma de la unidad política, toda regulación normativa es secundaria;<sup>32</sup> *noveno*, de ahí que todos los conceptos establecidos en las normas no reciben su contenido y sentido de éstas, “sino de la realidad concreta de una existencia política independiente”;<sup>33</sup> *décimo*, la distinción entre Constitución y ley constitucional es posible debido a que la creencia de la primera no esté contenida en una norma, ello en virtud de que en el fondo de toda normación “... reside una *decisión política del titular del poder constituyente* ...”;<sup>34</sup> *decimoprimer*o, ciertas determinaciones de las Constituciones, son algo más que leyes y normaciones. Ejemplificando con la de Weimar, estima que

25 *Ibidem*, pp. 23 y 24.

26 *Ibidem*, pp. 24-86.

27 *Idem*.

28 *Ibidem*, pp. 24, 25 y 50.

29 *Idem*.

30 *Ibidem*, p. 87.

31 *Idem*.

32 *Ibidem*, p. 26.

33 *Idem*.

34 *Ibidem*, p. 27.



“son las decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser del pueblo alemán y forman el supuesto básico para todas las ulteriores normaciones, incluso para las leyes constitucionales”;<sup>35</sup> *decimosegundo*, todo lo que vale en el estado alemán, sea por legalidad o por legitimidad, vale por y en esas decisiones, las cuales “... extinguen la *sustancia* de la Constitución”;<sup>36</sup> *decimotercero*, las ulteriores normaciones, las enumeraciones y delimitaciones de atribuciones, son “relativas y secundarias” frente a tales decisiones;<sup>37</sup> *decimocuarto*, la Constitución es intangible y no puede ser afectada por un conflicto constitucional, mientras que las leyes constitucionales pueden suspenderse en un estado de excepción<sup>38</sup> y, *decimoquinto*, la Constitución de Weimar es considerada como una “Constitución” que contiene decisiones políticas fundamentales en favor de una democracia constitucional.<sup>39</sup>

Expuesta con algún detalle la noción de “decisiones políticas fundamentales”, debemos ocuparnos ahora de dar respuesta a dos interrogantes: primera, ¿cuáles son los presupuestos de tal noción? y, segunda, ¿qué conlleva la aceptación de la misma? En lo tocante a la primera interrogante, recuérdese que las decisiones políticas fundamentales provenían del poder constituyente<sup>40</sup> y que este era definido por Schmitt como la “*voluntad política* cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política ...”.<sup>41</sup> De este modo, el poder constituyente es voluntad política o, como dice Schmitt, “ser político concreto”.<sup>42</sup> De acuerdo con las concepciones imperantes en distintas épocas, la titularidad de ese poder constituyente se ha asignado a distintos sujetos, tales como Dios en la época medieval, o el pueblo o nación a partir de la Revolución francesa. En este segundo caso, no puede haber un procedimiento mediante el cual la nación encuentre regulada su actividad, de ahí que ésta manifieste su poder “mediante cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de existencia de la unidad política”.<sup>43</sup> Siempre que la fuerza y autoridad del poder constitu-

35 *Idem*.

36 *Ibidem*, p. 28.

37 *Idem*.

38 *Ibidem*, pp. 31 y 32.

39 *Ibidem*, p. 34.

40 *Cfr.* nota 97.

41 *Ibidem*, p. 86.

42 *Ibidem*, p. 87.

43 *Ibidem*, 95.

yente sea reconocida, la Constitución será reconocida como legítima,<sup>44</sup> lo cual no equivale a hablar de legitimidad del poder público, pues ello equivaldría a sostener un absurdo.<sup>45</sup>

Si, como quiere Schmitt, las decisiones políticas fundamentales provienen del poder constituyente y este, a su vez, es una “voluntad política”, se hace necesario determinar entonces aquello que para Schmitt sea voluntad política. Como se sabe, sobre esta cuestión escribió un conocido trabajo *El concepto de lo “político”*,<sup>46</sup> el cual puede estudiarse de modo complementario debido a su cercana publicación respecto a la citada *Teoría de la Constitución*.<sup>47</sup> En lo que aquí interesa, Schmitt comienza afirmando que el concepto de Estado presupone el de “político”,<sup>48</sup> donde “la específica distinción política a la cual es posible referir las acciones y los motivos políticos es la distinción de *amigo (Freund)* y *enemigo (Fein)*”,<sup>49</sup> misma que debe ser tomada en su sentido “concreto, existencial”, y no como metáfora o símbolo.<sup>50</sup> Esta distinción permite, según él, indicar el grado de intensidad de la unión o separación respecto de *otro*, del extranjero, “... de modo que, en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero, ‘descomprometido’ y por eso imparcial”.<sup>51</sup> Esta distinción y el modo de dominación consecuente con ella, le permite a Schmitt realizar una afirmación que por su importancia vale la pena transcribir íntegramente:

... puesto que, como se ha dicho, en la realidad concreta de la existencia política no gobiernan ordenamientos y conjuntos de normas abstractas, sino que hay siempre sólo hombres o grupos concretos que dominan sobre otros hombres o grupos concretos, de modo que también aquí, naturalmen-

44 *Ibidem*, p. 101.

45 *Ibidem*, p. 103.

46 Se cita por la edición a cargo de José Aricó, México, Folios, 1985, *cfr.*, igualmente, Negretto, G. I., “¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 5a. época, año XL, núm. 161, julio-septiembre de 1995, pp. 68-72; Strauss, L., “Remarques Sur *La Notion de Politique* de Carl Schmitt”, trad., Schlegel, París, Editorial Du Sevil, 1988, pp. 189-214.

47 Este hecho es importante si recordamos que, tal como lo señala Gómez Orfanel, es necesario considerar el pensamiento de Schmitt en relación al momento en que se encontrara la “evolución” de su pensamiento. *Cfr. Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEC, 1986.

48 El concepto de lo “político”, p. 15.

49 *Ibidem*, p. 123.

50 *Ibidem*, p. 24.

51 *Ibidem*, p. 23.

te, desde el punto de vista político, el 'dominio' de la moral, del derecho, de la economía y de la 'norma' tiene siempre únicamente un significado político concreto.<sup>52</sup>

Determinados los presupuestos de las "decisiones políticas fundamentales", pasemos ahora a establecer los efectos de las mismas en la obra de Schmitt. Debido a que el poder constituyente es una voluntad existente, el mismo permanece en tanto permanezca la realidad que le da sentido, de ahí que no pueda traspasarse, extinguirse o absorberse.<sup>53</sup> De igual manera, y debido también a las características de esa voluntad, si una Constitución es suprimida o una ley constitucional quebrantada, el poder constituyente no se suprime, sino que se hace activo frente a la nueva situación.<sup>54</sup> Una de las derivaciones más importantes de este modo de razonar atañe a los límites a las reformas constitucionales. Aquí, Schmitt observa que dicha facultad no puede considerarse ilimitada, "pues, al seguir siendo una facultad atribuida en ley Constitucional es, como toda facultad legal-constitucional, limitada...".<sup>55</sup> En otros términos, no es posible la reforma ilimitada, pues los procedimientos de reforma se encuentran previstos en la norma que resultó de la voluntad del poder constituyente, pero no es, sin embargo, la voluntad del constituyente mismo o, lo que es igual, pero no por ello menos confuso, porque la posibilidad de reforma no es decisión política fundamental o, si lo es, no puede lograr la supresión de otras decisiones políticas fundamentales. Si el poder constituyente define el modo y forma de ser de la unidad política, no es posible que mediante la actuación de un conjunto de órganos constituidos que no son esa voluntad constituyente, pueda modificarse la unidad determinada por esta última.<sup>56</sup>

Aun cuando la política es determinante para establecer el concepto de derecho y Constitución de Schmitt,<sup>57</sup> por ahora únicamente debemos des-

52 *Ibidem*, pp. 69 y 70.

53 *Teoría de la Constitución*, pp. 105 y 106.

54 *Ibidem*, pp. 107 y 108.

55 *Ibidem*, p. 119.

56 *Ibidem*, p. 120.

57 Por vía de ejemplo, véase el modo como Schmitt pretendió determinar qué órgano debía ser el guardián de la Constitución, *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983, y de qué modo debía comprenderse el parlamentarismo (sobre el parlamentarismo, trad. de T. Nelsson y R. Grueso, Madrid, Tecnos, 1990). En ambos casos son particularmente interesantes los estudios preliminares de cada una de esas obras llevadas a cabo por los profesores de Vega y Aragón, respectivamente.

tacar que las decisiones políticas fundamentales vienen a ser la manifestación concreta del poder constituyente (nación) tomada a través del órgano mediante el cual actúa, con objeto de definir el modo y la forma de ser una unidad política, misma que puede definirse como tal en la medida en que ha logrado la dominación efectiva de sus enemigos políticos. Esa voluntad política puede establecer un documento (indebidamente llamado Constitución), en el cual se determinen una serie de “leyes constitucionales”, o recogerse también en normas que expresen a las propias decisiones políticas. En este segundo caso, los órganos constituidos se encuentran imposibilitados para modificar tales decisiones, es decir, las normas que los expresan, en virtud de que las mismas resultan de una voluntad que ellos no encarnan. Así las cosas, debe reconocerse que en el documento llamado Constitución existen, simultáneamente, expresiones del constituyente solo la forma de ser de la unidad política (nación) y una serie de normas que no lo hacen. Conocer las primeras equivale a conocer la sustancia de la Constitución y, por ende, del pueblo, del Estado o de la nación. A partir de su conocimiento puede conocerse simultáneamente la esencia de la política, del derecho y de la Constitución, en tanto esta última no es sino el reflejo o resultado causal de aquella. Schmitt presenta en su obra, efectivamente, una teoría de la Constitución o, lo que es igual, un modo de acercarse al estudio de cualquier fenómeno político-constitucional; sin embargo, la comprensión de una Constitución “positiva”, concreta, no puede lograrse utilizando exclusivamente tales categorías. Por el contrario, en tanto es el producto de una realidad concreta, es necesario estudiar los hechos, las circunstancias y las modalidades que le dan origen.

Para terminar este apartado, conviene preguntarnos qué significó para los juristas mexicanos la adopción del pensamiento de Schmitt. Tal como aconteció con Lassalle, Schmitt posibilitó un concepto de Constitución para identificar al texto de 1917 y al régimen que lo aplicaba, como una situación casi natural y poco menos que irreversible. Si el “pueblo” de México se había levantado en armas en 1910 y la Constitución de 1917 era el producto de ese levantamiento, la Constitución contenía un conjunto de decisiones que únicamente podían ser modificadas por el pueblo mediante actos violentos de carácter revolucionario. Sin embargo, como los acontecimientos de 1910 y los resultados de 1917 tuvieron una esencia revolucionaria y plasmaron de modo sustantivo “lo mexicano” a partir de, cuando menos, la vida independiente, era poco factible que ese

mismo pueblo quisiera o pudiera realizar una revolución para terminar con la revolución actuante que administraba el régimen. Si la Constitución, en síntesis, era producto de una decisión tomada por una voluntad y esa voluntad se mantenía viva y actuaba a través de las normas constitucionales, no había otro remedio que aceptar las decisiones de tal voluntad. Igualmente, al identificarse y aceptarse tal voluntad, no era relevante el estudio normativo de la Constitución de 1917, pues este era puramente “formal” y “superficial”, en tanto no podía captar la esencia del pueblo mexicano cuya voluntad había dado lugar a la Constitución. Por el contrario, lo verdaderamente determinante era captar esa esencia, esa sustantividad y, a partir de ahí, realizar el estudio e interpretación de las normas constitucionales. Finalmente, no deja de llamar la atención el hecho de que tanto en el pensamiento de Schmitt<sup>58</sup> como en el de muchos de los juristas mexicanos que estudiaban a la Constitución, hubiera una posición constante de rechazo al liberalismo y a su “burguesa” y “decadente” formalidad. En ambos casos parece ser que se trataba de abrir las puertas a un decisionismo, lo cual era claramente factible una vez que se había supuesto, en términos absolutos, la existencia de una voluntad actuante que se expresaba por medio de decisiones.

#### IV. LOS EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN CONSTITUCIONAL DOMINANTE EN GENERAL

Hasta aquí hemos descrito el modo como la corriente mayoritaria de los juristas mexicanos conceptualizaron o concibieron a la Constitución de 1917. Este modo de proceder produjo diversas consecuencias en tanto que, por una parte, eliminó o marginó otras posibilidades de conceptualización y, por la otra, generó una serie de relaciones específicas de apoyo al régimen político existente. Sin embargo, y de modo adicional a estas dos, se produjeron otro tipo de consecuencias en relación con la propia jurisprudencia constitucional: primeramente, aquellas que se dieron en torno al modo de explicar la Constitución y, también, las que se produjeron respecto a los intentos por llevar a cabo explicaciones alternativas.

58 Este punto parece ser casi unánime en la literatura secundaria acerca de Schmitt. Sobre el particular, y únicamente por vía de ejemplo, *cfr.* Gómez Orfanel, G., *op. cit.*, pp. 275-278; Negretto, G. I., *op. cit.*, pp. 68 y 69; Estévez Araujo, J. A., *La crisis del Estado de derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989.

## 1. Principales efectos en la explicación constitucional

Comenzando por las consecuencias que se derivaron de la aplicación de la apuntada representación de la Constitución, podemos señalar una serie de aspectos, mismos que aun cuando hacen su aparición en los años 40, progresivamente adquieren intensidad, extensión y predominio. Una primera característica es que las normas constitucionales, que en una primera época se estudiaban exegéticamente y con poca relación a las teorías constitucionales que se decía iban a ser seguidas, poco a poco comenzaron a ser explicadas a partir de las “exposiciones de motivos” utilizadas por el presidente de la República para justificar su iniciativa de reformas. Tal como se señaló respecto de los juzgadores,<sup>59</sup> los juristas desconocieron su posición de intérpretes de los preceptos para delegar la determinación de los sentidos en los señalamientos explícitos de las exposiciones de motivos de las iniciativas de reforma presentadas por el presidente. En realidad, y a pesar de haberse construido una ideología revolucionaria para justificar la dominación que el régimen realizaba a partir de la Constitución, los juristas interpretaban esta última en “términos presidenciales” (si bien no originaria, pero sí crecientemente). Adicionalmente, se estableció una fuerte corriente nacional cuyo conocimiento de la Constitución se limitó a señalar todos aquellos antecedentes y procesos de reforma que habían dado lugar a la norma en vigor, “encontrando” siempre (o casi siempre) los elementos de hecho necesarios para justificar la evolución constante de ese precepto hacia estados superiores, y en buena medida la relación, aquí sí, entre la revolución y la propia reforma. El modo de proceder, entonces, se limitó a realizar una descripción poco interesante de los procesos históricos internos del cambio constitucional.

En las descripciones constitucionales a que asistimos, se presentó también un curioso rechazo a la utilización de los criterios sostenidos por los tribunales, de manera tal que esa descripción no incluía las interpretaciones de aquellos órganos (primordialmente la Suprema Corte de Justicia) cuya función era individualizar las normas apuntadas. En el mejor de los casos, la jurisprudencia era presentada como un anexo final o, y lo cual es francamente grave, como el modo mediante el cual el autor señalaba las tesis correspondientes para demostrar que la propia Suprema Corte coincidía con *su* criterio. La pérdida de relevancia de la jurisprudencia dentro de la explicación dogmática tuvo su momento culminante

59 Cfr. nota 86.

en la segunda mitad de los años 60, pues en ese entonces se dejaron de comentar sistemáticamente las tesis de los tribunales en las principales revistas jurídicas nacionales (*Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, etcétera*). Así, una vieja tradición nacional desapareció casi por completo (aun cuando no sólo en materia constitucional), quedando la explicación prácticamente reducida a la descripción histórica interna y a la utilización de las exposiciones de motivos.

Está por demás decir que en el modo de proceder señalado había escaso interés por hacer de la Constitución un objeto de estudio normativo. Este tipo de enfoque hubiera dado lugar al estudio funcional de las normas de aquella. Así, el ejercicio a realizar hubiera tenido que “limitarse” a lo siguiente: a admitir que la Constitución se forma por normas jurídicas; a determinar las funciones de tales normas respecto a otras normas de la Constitución o las inferiores a ella, y a señalar los sentidos posibles de las normas constitucionales, las posibles interpretaciones que en el futuro podrían darse sobre ellas, oponerse a otras interpretaciones, etcétera. Por el contrario, y dadas las relaciones apuntadas entre revolución, Constitución y régimen, la segunda se presentó como un objeto de estudio *sustantivo y emotivo*, simultáneamente.<sup>60</sup> Los juristas mexicanos, en efecto, y primeramente, producían un conocimiento que permitía comprender a la Constitución a partir de un origen único articulado por una gran fuerza social, pero también como un ente que tenía una finalidad preestablecida a la cual aspiraba y lograba día a día. Al comprender así a la Constitución, se estaba en posibilidad de “amarla y sufrirla”,<sup>61</sup> pues ella, como un ser, tenía origen, vida y destino. La Constitución podía ser un objeto de amor de los juristas, en tanto que su propósito era lograr “la redención de los menos favorecidos”, “de aquellos que habían derramado su sangre” en la lucha revolucionaria, “de aquellos que le daban a este país su esencia, su mexicanidad”, etcétera. La única división que admitía la sustantividad constitucional debía darse en términos sustantivos: las decisiones políticas fundamentales. La relación de la fuerza impulsora con el texto, le daba a este último su sentido. Había ¿7, 9 o 14 decisiones políticas fundamentales en la Constitución? Esta pregunta, que pudiera parecer cercana a un devaneo medieval, era sin embargo, intensa y apropiada. Su for-

60 Sobre estas notas, *cfr.* Crosby, A. W., *The Measure of Reality*, Nueva York, Oxford University Press, 1997, pp. 21-47.

61 Camus, A., *El mito de Sísifo*, trad. de L. Echegarri, México, Alianza/Lozada, 1997, p. 32.

mulación misma, pero sobre todo su respuesta, resultaba de la pertinencia de conocer la esencialidad subyacente para, a partir de ahí, identificar sus manifestaciones más conspicuas.

## 2. *La situación de las representaciones distintas*

En lo concerniente a la situación que se produjo entre el punto de vista dominante y “los otros modos” de explicar la Constitución, también deben destacarse varias cuestiones.<sup>62</sup> En primer lugar, y como punto de partida, debe señalarse la relación entre el régimen y los juristas que conceptualizaban la Constitución en los términos apuntados. Debido a que los segundos producían interpretaciones favorables al régimen, el régimen les atribuía fondos crecientes, les confería premios y distinciones y los exhaltaba hasta hacerlos aparecer como los más prominentes miembros de la profesión. Una vez asentados en tal posición, sus comentarios o posiciones en favor del propio régimen gozaban de una importancia determinante. El beneficio era mutuo. En el futuro, los fondos, los congresos, los recursos, las distinciones, las posiciones públicas, etcétera, serían conferidas a ese selecto grupo de juristas, con el consiguiente rechazo o segregación de quienes no pertenecieran a él.

La no pertenencia al grupo privilegiado de juristas se debía, fundamentalmente, a la pertenencia a un grupo que no sostuviera ideas jurídicas semejantes o que se manifestara opuesto al régimen. Al ser más claro el segundo caso, debemos detenernos en el primero. Por principio de cuentas, ¿quiénes eran los juristas “distintos”? Como respuesta general, podemos decir que eran todos aquellos que no compartían alguna de las siguientes ideas: primera, que la Constitución debía verse en términos políticos; segunda, que la Constitución fuera el producto exclusivo de la voluntad actuante en el movimiento revolucionario de 1910 y, tercera, que la Constitución de 1917 y su individualización por el régimen fueran la única vía o manera de llevar a cabo un proyecto social en favor de quienes menos tenían. Cada una de las posiciones apuntadas puede ser designada de un modo, y cada una de ellas representa un proyecto acerca del modo como debe ser conceptualizado el derecho.

62 Para muchas de las cuestiones que siguen, *cfr.* Florescano, E., *op. cit.*, pp. 38-62.



### A. *El rechazo al positivismo*

En el primer caso, se trataba de un rechazo al positivismo jurídico, tanto en el modo de comprender a las normas constitucionales (dogmática constitucional) como en el modo de utilizar (o no) a las teorías generales del derecho. Así, y salvo contadas excepciones, el derecho no era considerado en términos estrictamente normativos, y las posiciones que lo hacían así eran vistas como “frías”, “dogmáticas”, “puramente descriptivas”, “ajenas a nuestra realidad”, etcétera. Falsamente, se determinó que las posiciones positivas rechazaban los valores en el derecho, lo vaciaban de todo contenido y construían una entelequía. De este modo, la conceptualización de la Constitución seguida en otros países o la adopción de una serie de teorías generales que definían al derecho de cierta manera (Kelsen, Hart, Ross, etcétera) o que establecían sus relaciones con la moral (Rawls, Dworkin, Hart, etcétera), fueron completamente *ignorados*. El derecho no podía conocerse en términos positivistas, pues hacerlo significaba atender a sus aspectos funcionales (no sustantivos), y a partir de ahí tener que producir interpretaciones que al no poder ser justificadas como derivadas de ninguna fuerza o sustancia, debían ser puestas a discusión en igualdad de circunstancias, *i. e.*, enfrentadas con opiniones diversas sin que en ningún caso pudiera decirse que alguna o algunas de ellas fueran “mejores” que otras por derivarse o no de cierta base material única. El positivismo, en el fondo, no era una amenaza al constitucionalismo imperante por un supuesto rechazo o aceptación de valores. Al no aceptar ninguna sustancialidad inicial ni, mucho menos, la posesión de ésta por ningún grupo específico, ponía a todas las interpretaciones posibles en competencia; propiciaba un más amplio “mercado de ideas” o, en otros términos, permitía una “lucha por la Constitución” que tenía como participantes a las distintas fuerzas sociales que pudieran presentar una interpretación alternativa de una norma constitucional o de la Constitución en su conjunto.

### B. *El rechazo al iusnaturalismo (no revolucionario)*

El segundo intento de visión alterna de la Constitución fue producido por aquellos que negaban que la misma se debiera a un acto de fuerza y de mera dominación. Para ciertos autores, la Constitución derivaba su validez de su concordancia o relación con una serie de valores o principios superiores a ella misma. Se trataba, como es evidente, de un iusnaturalis-

mo “clásico”, de hechura fundamentalmente católica, que a lo largo de los años 30 a 60, fundamentalmente, trató de limitar la apropiación que el régimen y sus juristas habían hecho de la Constitución. La solución que encontraron fue postular su sometimiento a los “valores trascendentales” provenientes de la naturaleza del hombre o de dios mismo. Los sostenedores de esta corriente, al igual que los positivistas, fueron señalados directamente como “reaccionarios”. Para rechazar su visión de Constitución y de la interpretación que proponían de las normas constitucionales, se utilizó el mismo tipo de razonamiento histórico que permitió ver a la revolución de 1910 y a la Constitución de 1917 como un proceso dialéctico, sólo que en un sentido diverso: “la reacción” católica había sido vencida en el siglo XIX por el movimiento liberal, etapa indiscutible del movimiento histórico que se vivía y fue negada de manera directa por el Constituyente de 1916-1917. Por estas razones, no resultaba factible pretender determinar la validez del derecho a partir del punto de vista iusnaturalista o católico que se apuntaba; ambas posiciones habían sido históricamente canceladas en nuestro país.

De haberse aceptado una posición alternativa como la antes señalada, hubiera resultado, primero, la necesidad de negarle a la revolución la fuerza determinante para establecer una Constitución y todo un régimen; segundo, tener que admitir que el régimen tenía limitaciones superiores que no podía rechazar; tercero, que no toda actuación del régimen se justificaba por el sólo hecho de provenir de él y, cuarto, que las individualizaciones o propuestas de interpretación que llevaron a cabo esos juristas debían ser acordes con esos valores. Una posibilidad así (además de todas las cuestiones que implica desde el punto de vista social), hubiera tenido como consecuencia el que se “frenaran” las posibilidades interpretativas de los juristas, particularmente mediante la limitación al *decisionismo* que había sido aceptado como punto de vista teórico.

### C. El rechazo a las posiciones de izquierda

La última de las posibilidades de interpretación alternativa que hemos identificado, es aquella que se postuló desde las posiciones de izquierda. En este caso, sin embargo, debemos proceder con más cuidado que en los dos casos anteriores, pues en realidad la izquierda no era muy propicia a producir estudios o elaboraciones jurídicas específicas, sino más bien a presentar denuncias acerca de las funciones de dominación que se logra-

ban mediante el derecho. Su propuesta de derecho pretendía retomar el sentido “auténtico” de la Revolución mexicana y, por ende, lograr en entendimiento distinto de la Constitución y de los contenidos de las normas de esta última. Los juristas nacionales no podían aceptar estas visiones alternativas, debido fundamentalmente a que trataban de demostrar que la relación entre revolución, Constitución y régimen se daba de un modo distinto. Si la visión “auténtica” de la Constitución estuviera depositada en un grupo diverso al régimen, se hubiera presentado una situación de difícil solución para los juristas: por un lado, hubieran tenido que “demostrar” cuál de las dos visiones de Constitución era la “auténtica”; por el otro, hubieran tenido que demostrar que cierta (y no otra) interpretación constitucional debía prevalecer sobre las otras y dar las razones para sostener tal prevalencia.

## EVOLUCIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Héctor FIX-ZAMUDIO\*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *El derecho procesal constitucional mexicano en la actualidad*. III. *Las nuevas garantías constitucionales*. IV. *El juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos*. V. *El juicio de revisión constitucional electoral*. VI. *Las comisiones de derechos humanos (ombudsman)*. VII. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

1. En estas ocho décadas de evolución a partir del texto original de la Constitución Federal promulgada el 5 de febrero de 1917, y cuando nos encontramos en los inicios del siglo XXI, el control constitucional en nuestro ordenamiento jurídico ha experimentado cambios sustanciales, por medio de los cuales se ha actualizado de manera paulatina para llegar a un grado de adelanto similar al de las cartas fundamentales de otros países latinoamericanos, y si bien se ha avanzado de manera considerable, en especial en los últimos años, es preciso seguir adelante para perfeccionar las instituciones que forman parte de lo que podemos denominar en la actualidad *derecho procesal constitucional mexicano*.

2. En efecto, como resultado de una evolución progresiva, en la Constitución Federal de 1917, que todavía está en vigencia con numerosas reformas, se consagraron cuatro instrumentos de control constitucional, es decir: *a)* el juicio político o de responsabilidad de los altos funcionarios; *b)* el procedimiento investigador de la Suprema Corte de Justicia; *c)* las controversias constitucionales, y *d)* el juicio de amparo. La mayoría de estas instituciones procesales provenían de la carta federal an-

\* Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

terior de 5 de febrero de 1857, que con algunas variantes fueron incorporadas en el texto original de nuestra ley fundamental en vigor, con excepción del llamado procedimiento investigador encomendado a nuestro más alto tribunal, que fue una creación original del Constituyente de Querétaro.<sup>1</sup>

3. Estos cuatro instrumentos de solución de conflictos constitucionales experimentaron varias modificaciones con posterioridad a su introducción en la Carta Federal de 1917. En primer término, por lo que se refiere al juicio político, éste fue modificado en diciembre de 1982, de manera que a partir de entonces se regula por el actual artículo 110 constitucional, en lugar del 111 original, y si bien se conserva el procedimiento de dos instancias, la primera ante la Cámara de Diputados y la segunda y definitiva ante la Cámara de Senadores, con la sanción, en caso de considerarse responsable al enjuiciado, de la destitución del cargo y la inhabilitación para funciones públicas según la gravedad de la infracción, tal como fue regulado por la Ley de Responsabilidad de los servidores públicos (del gobierno federal y el del Distrito Federal) expedida en el mismo año de 1982, a partir de entonces pueden ser sometidos a dicho juicio político no sólo los altos funcionarios que tienen inmunidad constitucional, sino también otros servidores públicos de menor jerarquía, tanto de la Federación como de las entidades federativas, e inclusive los titulares de empresas públicas, los que en nuestro concepto deben considerarse como particulares, ya que no pertenecen a la administración pública, lo que nos parece un grave error que desvirtúa la institución, la que ha sido establecida únicamente en relación de los funcionarios titulares de los órganos de gobierno, como lo establecía el artículo 110 del texto original de la ley fundamental.<sup>2</sup>

4. Por lo que respecta al procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia, establecido originalmente en el párrafo tercero del artículo 97 constitucional, fue objeto de una reforma constitucional en di-

1 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo aniversario*, México, UNAM, 1992, pp. 107-121.

2 Cfr. González Bustamante, Juan José, *Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional*, México, Botas, 1946; Cárdenas, Raúl F., *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, Porrúa, 1982, pp. 313-498; García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 776-818; Orozco, Henríquez, José de Jesús, "Régimen constitucional de responsabilidades de los servidores públicos", *La responsabilidad de los servidores públicos*, México, Manuel Porrúa, 1984, pp. 109-129.

ciembre de 1977, que agregó un nuevo párrafo, entonces cuarto, al mencionado precepto de la carta federal, que modificó ligeramente el tercero, al suprimir la referencia a la investigación de delitos federales, pero después de cambios posteriores a dicha norma, el anterior párrafo tercero quedó como segundo y el introducido en 1977 es actualmente el tercero.

5. El nuevo párrafo, ahora tercero, extendió la atribución de la investigación de la Suprema Corte en materia electoral, en el sentido de que está facultada para practicar de oficio la averugación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio *podiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión*. Se agrega que los resultados de la investigación se harían llegar a los órganos competentes.

6. Debemos destacar que dicho párrafo tercero del citado artículo constitucional debe considerarse una modificación desafortunada, ya que el ejercicio de dicha facultad sería inviable políticamente, pues aun cuando se traduce en un simple dictamen, se privaría de legitimidad a los titulares de alguno de los poderes de la Unión (presidente de la República o los diputados y senadores del Congreso Federal), y además debe considerarse inaplicable en la actualidad ya que la declaración de los legisladores y del jefe del Ejecutivo que resultaron electos debe hacerla el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de acuerdo con las reformas de 1993 y 1996 al régimen electoral federal.

7. También el juicio de amparo experimentó numerosas modificaciones a partir de su consagración en los artículos 103 y 107 de la carta federal de 1917, con antecedentes en los artículos 101 y 102 de la Constitución anterior de 1857. Dichos cambios de naturaleza constitucional y legal en la mayor parte de los casos, también se ha reflejado en la organización y funciones de los tribunales federales a los cuales corresponde el conocimiento y resolución de nuestra máxima institución procesal.

8. La mayor parte de estas reformas a la legislación de amparo han tenido como objeto el combate al rezago de los propios tribunales federales y particularmente de la Suprema Corte de Justicia precisamente en esta materia, el que ha sido endémico, como lo había pronosticado el ilustre Emilio Rabasa en los primeros años de este siglo, quien inclusive habló de “la imposible tarea de la Corte”.<sup>3</sup>

3 En su clásica obra *El artículo 14. Estudio constitucional*, reimpresso conjuntamente con su otro estudio clásico, *El juicio constitucional*, México, Porrúa, 1955, pp. 103 y 104.

9. Brevemente podemos señalar las reformas constitucionales y legales de 1928 y 1934, las que dividieron a la Suprema Corte en Salas, por materia (penal, administrativa, civil y laboral); la de 1951, por la cual se crearon los tribunales colegiados de circuito para auxiliar a la misma Suprema Corte de Justicia, y a los cuales se les atribuyeron en forma constante y creciente el conocimiento de los juicios de amparo, de una instancia y del segundo grado, de los que se consideraban de menor importancia, y por ello el número de dichos tribunales se aumentó de manera considerable; las modificaciones de 1967 que incrementaron de manera notoria los asuntos de amparo encomendados a los citados tribunales colegiados,<sup>4</sup> hasta llegar a los cambios introducidos en 1988 y 1995, en los cuales se separó de manera definitiva a los juicios de amparo en los cuales se discuten cuestiones de legalidad, que se encomendaron en su totalidad a los propios tribunales colegiados de circuito, y aquellos procesos de amparo en los cuales se controviertan cuestiones directamente constitucionales, atribuidos en forma exclusiva a la Suprema Corte de Justicia, cuya integración anterior de 26 magistrados, se redujo a 11 miembros, más cercana a la composición de los tribunales o cortes constitucionales contemporáneos, algunos de los cuales han sido introducidos en América Latina en los últimos años.<sup>5</sup>

10. También las controversias constitucionales experimentaron un cambio significativo en las reformas constitucionales de diciembre de 1994, que como se dirán más adelante modificaron al artículo 105 constitucional y lo dividieron en tres fracciones, la primera de las cuales regula las mencionadas controversias constitucionales, pero las mismas fueron considerablemente ampliadas, pues además de agregar a los municipios entre las entidades que pueden promover dichas controversias,<sup>6</sup> se introdujeron los llamados *conflictos de atribución*, que son aquellos que se

4 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Setenta y cinco años de evolución del Poder Judicial en México”, *75 años de Revolución. Política, II*, México, INEHRM-FCE, 1988, pp. 269-364; *op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 139-152.

5 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional”, *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, México, Porrúa, 1987; y *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema jurídico mexicano*, México, Porrúa, 1987, pp. 495-541 y 345-390, respectivamente; *Idem*, “Los tribunales y salas constitucionales en América Latina”, *Estudios jurídicos en homenaje de don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 59-74; La Roche, Humberto, José, “Cortes y salas constitucionales en América Latina”, *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, Konrad Aduenauer Stiftung-Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, 1996, pp. 41-70.

6 Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, “El municipio en las controversias constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 86, mayo-agosto de 1996, pp. 447-466.

presentan entre dos o más órganos de los poderes públicos, como el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, en sus esferas federal, estatal y del Distrito Federal.

11. Además de varias modificaciones que se hicieron a los cuatro instrumentos anteriores, en años recientes se introdujeron otros nuevos, entre los cuales podemos citar: *a)* la acción abstracta de inconstitucionalidad (1995); *b)* el juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos (1996); *c)* el juicio de revisión constitucional electoral (1996), y *d)* las comisiones de derechos humanos (ombudsman) (1992). En tales condiciones el control constitucional mexicano está formado por *ocho garantías constitucionales*, algunas de las cuales son recientes, por lo que se encuentran en una etapa inicial de aplicación.

## II. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL MEXICANO EN LA ACTUALIDAD

12. A los cuatro instrumentos anteriores debemos añadir otros nuevos que se agregaron recientemente en las reformas constitucionales de 1992, 1994 y 1995. Los que ya existían a partir del texto original de la Carta Fundamental de 1917, si bien algunos de ellos sufrieron modificaciones posteriores, hasta antes de las citadas reformas a la ley fundamental, no tuvieron una efectiva aplicación práctica, con exclusión del juicio de amparo, que es el único que funcionaba normalmente, si bien sólo tenía el propósito exclusivo de proteger los derechos fundamentales, pero aun considerando sus aspectos de garantía constitucional, nuestra carta fundamental no debía considerarse suficiente para tutelar en su integridad ya que como lo consideraba el ilustre constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez, aun en los aspectos en que nuestro derecho de amparo funcionaba como garantía constitucional, no constituye realmente un control directo de la Constitución, sino más bien de los derechos de la persona humana, ya que como lo afirmó el notable jurista:

Nuestra institución jurídica ha tenido entre nosotros el crecimiento, la espléndida palpitación de vida del amparo, lo cual se debe no tanto a que el pueblo lo considere como el regula[do]r del sistema federal, el equilibrador de los poderes o el instrumento en el gobierno de los jueces, sino a que ha sido el escudo resonante de la inviolabilidad de la persona.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> *Derecho constitucional mexicano*, 12a. ed., México, Porrúa, 1973, p. 537.



13. La introducción de nuevos instrumentos de control constitucional en las citadas reformas constitucionales y legales de 1994 y 1995, así como la extensión y reforzamiento de alguna de las anteriores, como ocurrió con las controversias constitucionales (véase *supra*, párrafo 10), ha proporcionado una renovación en las funciones directamente constitucionales de la Suprema Corte de Justicia, y con ello podemos afirmar que se ha enriquecido el estudio de la nueva disciplina que podemos calificar como “derecho procesal constitucional mexicano”.

14. Como disciplina científica es la rama más joven de la ciencia del proceso, y cuya fundación como tal se atribuye al ilustre Hans Kelsen,<sup>8</sup> particularmente por medio de su clásico estudio publicado en 1928 en la *Revista Francesa de Derecho Público*,<sup>9</sup> y que planteó la necesidad de establecer instrumentos procesales específicos para la tutela de las disposiciones constitucionales, incluyendo una jurisdicción especializada, por conducto de cortes o tribunales constitucionales, como la establecida en la Carta Federal austríaca de 1920, a proposición del mismo Kelsen.<sup>10</sup> Afirmamos que esta disciplina es relativamente novedosa, puesto que con anterioridad si bien se habían analizado los instrumentos de tutela de las normas constitucionales, no se había ensayado la construcción de conceptos, principios e instituciones que abarquen todos los instrumentos, predominantemente procesales, que se han establecido para solucionar los conflictos derivados de la aplicación de las normas constitucionales.<sup>11</sup>

15. Es cierto que se avanzó de manera considerable con los estudios que se han hecho de los propios instrumentos dentro del concepto de *justicia* o *jurisdicción constitucionales*, pero consideramos que un mayor adelanto radica en la consolidación de una disciplina procesal que de manera sistemática contemple las garantías constitucionales bajo el enfoque

8 Así lo consideró el insigne procesalista español Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3a. ed., México, UNAM, 1991, p. 215.

9 “La garantie juridictionnelle de la Constitution (*La justice constitutionnelle*)”, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, 1928, pp. 197-257, publicado posteriormente en *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, París, 1929, pp. 52-143; trad. castellana de Rolando Tamayo y Salmorán, con el título “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, *Anuario Jurídico*, I-1974, pp. 471-515.

10 La influencia de Kelsen en la creación de la Corte Constitucional austríaca de la que fue magistrado de 1921 a 1930, se destaca por Metall, Rudolf Aladir, *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. de Javier Esquivel, México, UNAM, 1976; Frisch Philipp, Walter, *La forma en que se plasmó la Teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción austríaca creada por él*, trad. de Elsa Bieler, en *Jurídica*, México, julio de 1970, pp. 131-148.

11 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed. México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 425-464.

de la ciencia del proceso. Lo cierto es que la denominación de *derecho procesal constitucional* se generaliza en la doctrina más reciente, y al respecto podemos citar las obras de conocidos tratadistas como el español Jesús González Pérez;<sup>12</sup> el alemán Christian Pestalozza;<sup>13</sup> el costarricense Rubén Hernández Valle;<sup>14</sup> los argentinos Alberto Osvato Gozaíni;<sup>15</sup> Nestor Pedro Sagüés;<sup>16</sup> y el peruano Elvito A. Rodríguez Domínguez.<sup>17</sup>

16. Es preciso aclarar que existe una confusión terminológica en nuestra ley fundamental de 1917, que todavía conserva el nombre tradicional de *garantías constitucionales* como equivalentes a la de los derechos fundamentales consagrados por la misma carta fundamental. El capítulo primero de la Constitución Federal se denomina todavía *De las garantías individuales* (artículos 1o., a 29). Una parte importante de los cursos que se imparten en las escuelas y facultades de derecho mexicanas, incluyendo la UNAM, se califican de *garantías individuales y sociales*,<sup>18</sup> aun cuando algunos más recientes abordan una perspectiva más amplia y toman la denominación de “derechos humanos”. Por supuesto que la primera designación es diversa de la materia de la disciplina que hemos calificado de “derecho procesal constitucional”, que comprende, como se ha dicho a las garantías constitucionales en sentido moderno, es decir, como instrumentos predominantemente procesales, que tutelan las normas de carácter fundamental.

17. Desde este punto de vista, el derecho procesal mexicano comprende las ocho siguientes garantías constitucionales: *a*) El juicio político (artículo 111); *b*) El procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia (artículo 97, párrafos segundo y tercero); *c*) Las controversias constitucionales (artículo 105, fracción D); *d*) El juicio de amparo (artículos 103 y 107); *e*) La acción abstracta de inconstitucional (artículo 105, fracción II); *f*) El juicio de protección de los derechos político electorales (artículo 99, fracción V); *g*) El juicio de revisión constitucional electoral

12 *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1979.

13 *Verfassungsprozessrecht* (Derecho procesal constitucional), 3a. ed., München, C. H. Beck, 1991.

14 *Derecho procesal constitucional*, San José, Editorial Juricentro, 1995.

15 *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995.

16 *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., ts. I y II: *El recurso extraordinario*, 1988; t. III (4a. ed.): *Acción de amparo*, 1995; t. IV: *Habeas corpus* (1989), Buenos Aires, Astrea.

17 *Derecho procesal constitucional*, Lima, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, 1997.

18 *Cfr.* Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 28a. ed., México, Porrúa, 1996; Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, 8a. ed., México, Porrúa, 1994.

(artículo 99, fracción IV); h) Los organismos autónomos protectores de los derechos humanos, inspirados en el modelo escandinavo del *ombudsman* (artículo 102, apartado “B” Todos estos preceptos corresponden a la Constitución Federal).

### III. LAS NUEVAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

#### *La acción abstracta de inconstitucionalidad*

18. Como ya nos hemos referido sólo para enumerar a los instrumentos de control constitucional que fueron establecidos en el texto original de la Carta Federal de 1917, si bien algunos de ellos han sido modificados con posterioridad, pero como sería complicado realizar un examen de los mismos, sólo haremos referencia a los nuevos instrumentos, por lo que a continuación pretendemos examinar, también brevemente, las garantías constitucionales que fueron introducidas en las reformas constitucionales y legales de 1992, 1995 y 1996.

19. En primer término haremos un examen sintético de la que podemos denominar *acción abstracta de inconstitucionalidad*, introducida por vez primera en nuestro ordenamiento constitucional en las reformas publicadas el 31 de diciembre de 1994 y que no tiene precedente en el modelo estadounidense que hemos seguido en otras de nuestras garantías constitucionales. En efecto, esta institución surgió en el derecho constitucional europeo con el objeto de otorgar a las minorías parlamentarias la posibilidad de impugnar ante los organismos de justicia constitucional (cortes, tribunales constitucionales e inclusive el Consejo Constitucional francés), las disposiciones aprobadas por la mayoría parlamentaria especialmente en Austria, República Federal de Alemania, España, Francia y Portugal.<sup>19</sup>

20. Dicha garantía constitucional debe considerarse como una acción de carácter abstracto, es decir, que tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental, por lo que no se requiere la existencia de un agravio ni de un interés jurídico específico para iniciar el procedimiento, y por ello, generalmente se otorga la legitimación a los titulares de los poderes públicos (jefes de Es-

19 Cfr. Mezzetti, Luca, *Giustizia costituzionale ed opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, Maggioli Editore, 1992.

tado o de gobierno, las cámaras parlamentarias, los gobiernos centrales o de las entidades federativas o de las comunidades autónomas, en algunos supuestos, también los organismos jurisdiccionales de protección de los derechos humanos creados de acuerdo con el modelo escandinavo del *ombudsman* o inclusive por medio de acción popular). Además, dichas acciones abstractas pueden ser de carácter *previo*, es decir, invocarse durante el procedimiento de discusión y aprobación, antes de la promulgación y publicación de la norma impugnada (como ocurre particularmente en la instancia ante el Consejo Constitucional francés),<sup>20</sup> o bien *a posteriori*, es decir, cuando las disposiciones legislativas ya han sido publicadas. Este último es el modelo que sigue el ordenamiento mexicano.<sup>21</sup>

21. En los ordenamientos europeos en los cuales se ha establecido esta acción abstracta de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas en beneficio de un sector de los parlamentarios de la minoría, generalmente un treinta por ciento de los mismos, ha tenido un desarrollo significativo y ha logrado una fiscalización constante y frecuente de los ordenamientos aprobados por las mayorías legislativas, en forma destacada en la República Federal de Alemania,<sup>22</sup> y en Francia.<sup>23</sup> Esta acción abstracta de inconstitucionalidad, escasamente conocida en el derecho constitucional latinoamericano, debe considerarse como un instrumento importante para otorgar garantías jurídicas a la oposición, a fin de que pueda participar activamente en las decisiones políticas de gobierno, según el principio de la *oposición política garantizada*.<sup>24</sup>

20 Cfr., entre otros, Luchaire, François, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Economique, 1980, pp. 106-144.

21 Cfr. Fix-Fierro, Héctor, "La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad", *Ars Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, núm. 13, especial sobre reforma judicial, 1995, pp. 114-117.

22 Cfr. Mezzetti, Luca, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare*, pp. 62-69; *cit. supra*, nota 19. Este autor considera que la jurisprudencia constitucional alemana se ha originado de manera predominante debido a los impulsos que provienen de la oposición, Béguin, Jean-Claude, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, París, Economique, 1982, pp. 64-78.

23 En la obra de Favoreu, Louis y Philip, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 7a. ed., París, Sirey, 1993, puede observarse el porcentaje importante de instancias introducidas por los diputados y senadores de oposición contra las leyes aprobadas por mayoría, antes de su publicación.

24 Cfr. Vega, Pedro de *et al.*, *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991, pp. 104 y ss., 220 y ss.; Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones sobre la función constitucional de la oposición política en el ordenamiento mexicano", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1998, México, 1999, pp. 67-100.

22. De acuerdo con lo establecido por la fracción II, incisos *a*) y *e*) del artículo 105 constitucional y 62 de la Ley Reglamentaria, se encuentran legitimados para interponer dicha acción abstracta, el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados; de la Cámara de Senadores: de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; así como de las legislaturas de los Estados.<sup>25</sup> También se ha otorgado legitimación al porcurador general de la República, el cual está facultado para actuar como parte en la tramitación de esta acción de inconstitucionalidad, en virtud de la atribución *ex officio* que le confiere el párrafo tercero del apartado A) del artículo 102 constitucional.

23. Según la reforma constitucional de agosto de 1996, que admitió la impugnación de las leyes electorales por medio de la citada acción abstracta de inconstitucionalidad, se otorgó legitimación exclusivamente a las dirigencias nacionales o estatales de los partidos políticos, de acuerdo con la naturaleza de su registro (artículos 105, fracción II, inciso *f*) de la carta federal, y el 62 de su Ley Reglamentaria, reformados por decretos legislativos publicados los días 22 de agosto y 22 de noviembre de 1996, respectivamente. Este precepto fundamental, dispone, además, que “La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.”

24. Los citados incisos *a*) a *e*) de la mencionada fracción II del artículo 105 constitucional, establecen una relación directa de fracciones legislativas con el tipo de normas sujetas a control. En virtud de lo anterior, los integrantes de las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión podrán plantear la acción abstracta respecto de las leyes federales y del Distrito Federal emitidas por el citado Congreso y los senadores también contra los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal; los miembros de las legislaturas de los Estados contra las disposiciones normativas generales expedidas por dichos órganos, y los que forman parte de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal contra

25 Podemos señalar de manera comparativa, que la legitimación para interponer la acción abstracta de inconstitucionalidad se confiere en Austria a un tercio de los diputados del Consejo Nacional; en Francia a sesenta diputados o el mismo número de senadores; en España a cincuenta diputados o cincuenta senadores; en Alemania a un tercio de los miembros del Parlamento Federal; en Portugal, a un décimo de los diputados. El extremo está representado por la Constitución de Bolivia, en cuyo artículo 120, inciso *a*) reformado en agosto de 1994, se dispone que cualquier senador o diputado puede interponer la acción abstracta de inconstitucionalidad. *Cfr.* Fix-Fierro, Héctor “La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, *cit. supra*, nota 21, pp. 115-117; Estrada Sámano, José Antonio, “La inconstitucionalidad de leyes en la reforma judicial”, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, vol. 19, 1995, pp. 407-434.

las leyes emitidas por la propia Asamblea. En relación con la impugnación directa de las leyes electorales, el inciso *f*) del citado precepto constitucional establece que las dirigencias nacionales pueden combatir las leyes federales y locales, pero las dirigencias estatales sólo pueden interponer la acción contra las disposiciones locales.

25. Una situación especial corresponde al procurador general de la República como facultado para interponer dicha acción abstracta con el objeto de reclamar la inconstitucionalidad de las leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de los tratados internacionales (artículo 105, fracción *c*) de la carta federal).

26. La demanda respectiva debe interponerse dentro de los treinta días naturales contados a partir del día siguiente al de la publicación en el periódico oficial correspondiente, de la ley o tratado internacional que pretende combatirse (artículos 105, fracción II, de la Constitución Federal y 60 de la Ley Reglamentaria). Este último precepto establece que si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente. Sin embargo, en la reforma a dicho artículo 60 en noviembre de 1996, se agregó que “En materia electoral para el cómputo de los plazos todos los días son hábiles.”

27. Se adopta también el principio de que si el fallo no fuese aprobado por mayoría de ocho votos, la Suprema Corte debe desestimar la acción ejercitada y ordenar el archivo del asunto (artículo 72 de la Ley).

28. Por otra parte, la Ley Reglamentaria hace una remisión expresa (artículo 73) a la aplicación de los artículos 41, 43, 44 y 45 del mismo ordenamiento, que regulan a las sentencias dictadas en las controversias constitucionales, y que se refieren a su contenido, la obligatoriedad de los precedentes, la notificación y la publicación, así como el momento en que deben producir sus efectos, es decir, en este último caso, la prohibición de su retroactividad, salvo en materia penal.<sup>26</sup>

26 La Ley Reglamentaria establece varias remisiones y consigna disposiciones comunes para la tramitación de las dos instituciones, es decir, controversias constitucionales y acciones directas de inconstitucionalidad. *Cfr.* Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, México, Porrúa, 1997, pp. 139-221, que dedica el capítulo cuarto de su libro al análisis de las disposiciones comunes a ambos instrumentos.

#### IV. EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DE LOS CIUDADANOS

29. Este instrumento introducido en las reformas constitucionales y legales de 1996, debe considerarse como un mecanismo paralelo al juicio de amparo, en su función primordial de protección de los derechos humanos. En efecto, la jurisprudencia que se inició el siglo anterior en la Suprema Corte de Justicia hizo la distinción entre los derechos civiles y los de carácter político, inspirada en la separación del derecho público norteamericano entre *civil rights* y *political rights*, pero se confundió a los primeros con las garantías individuales o derechos del hombre, y por ello se consideró que los derechos políticos no podían ser objeto de tutela por el mismo derecho de amparo.<sup>27</sup>

30. Este criterio tradicional dio lugar a la controversia entre las ideas de José María Iglesias sobre la incompetencia de origen,<sup>28</sup> de acuerdo con las cuales, el artículo 16 de la Constitución de 1857, al establecer la exigencia de que todo acto de afectación a los particulares debía emanar de autoridad competente, comprendía el origen legítimo de la misma autoridad,<sup>29</sup> e Ignacio Luis Vallarta, quien al asumir posteriormente la presidencia de la Suprema Corte entre mayo de 1878 y noviembre de 1882, combatió de manera decidida la tesis anterior (la que, al ser aplicada de manera extrema por el propio Iglesias como anterior presidente de la misma Corte, determinó el desconocimiento de las elecciones presidenciales de 1876 en las que obtuvo el triunfo Sebastián Lerdo de Tejada), por considerar el propio Vallarta que la legitimidad se refería a la persona, al individuo nombrado para el cargo público respectivo, y la competencia establecida por el citado artículo 16 de la Carta Federal de 1857, tenía relación con la entidad calificada como autoridad, ya que la propia legitimidad tenía un carácter político y por ello debía suponerse y prescindirse de ella para examinar únicamente la cuestión jurídica de si cabe en el círculo de atribuciones de una autoridad determinada expedir una orden que afec-

27 Cfr. Vallarta, Ignacio L., *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, Imprenta de J. J. Terrazas, 1896, pp. 126-170, sobre la doctrina y jurisprudencia norteamericanas de su época acerca de la separación entre cuestiones jurídicas y políticas.

28 *Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia*, México, Imprenta de León y White, 1874. Este trabajo fue reproducido con estudio preliminar de Santiago Oñate en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 30, abril-junio de 1946, pp. 257-295.

29 Cfr. Moctezuma Barragán, Javier, *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, 1994, pp. 81-166.

tara a un habitante de la República. Este último fue el criterio que adoptó la Suprema Corte a partir de su decisión de 23 de agosto de 1878 en el juicio de amparo solicitado por el destacado jurista y político León Guzmán y es el que ha predominado hasta la actualidad, debido a la redacción similar del artículo 16 de la Carta Federal de 1917.<sup>30</sup>

31. A partir de entonces, la Suprema Corte ha evitado la decisión de cuestiones políticas en los juicios de amparo, aun cuando se ha pronunciado en forma muy restringida sobre algunas de estas cuestiones en los escasos asuntos en que ha conocido de controversias constitucionales con anterioridad a las reformas de 1995 (véase *supra*, párrafo 10) o al realizar investigaciones de acuerdo con el artículo 97 constitucional (véanse *supra*, párrafos 4-6).<sup>31</sup> Esta cautela de nuestro más alto tribunal se explica por la trascendencia que por años tuvo en Latinoamérica la tesis de la Corte Suprema Federal norteamericana que se autolimitó en lo que calificó como *political questions*,<sup>32</sup> pero que ha modificado paulatinamente para considerar como justiciables cuestiones que anteriormente se estimaban de naturaleza estrictamente política, como las de carácter electoral, aun cuando siempre por conducto de una controversia judicial.<sup>33</sup>

32. Lo cierto es que en México esta evolución no se ha realizado, especialmente por lo que se refiere a la tutela de los derechos políticos consagrados en nuestra Constitución Federal por conducto del juicio de amparo, ya que hasta la actualidad se aplica la anacrónica tesis de jurisprudencia, actualmente superada de manera definitiva, y que todavía establece: “*Derechos políticos. Improcedencia. La violación de los dere-*

30 Cfr. Vallarta, Ignacio Luis, *Votos. Cuestiones constitucionales*, México, edición de Antonio J. Lozano (imprenta particular), 1894, pp. 78-80; Fix-Zamudio, Héctor, “Ignacio Luis Vallarta, la incompetencia de origen y los derechos políticos”, *A cien de años de la muerte de Vallarta*, México, UNAM, 1994, pp. 13-39. Esta es la tesis de jurisprudencia todavía vigente, núm. 983, “Incompetencia de origen”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, 1988, segunda parte, tesis comunes al Pleno y a las salas, t. II, p. 1595.

31 Cfr. González Avelar, Miguel, *La Suprema Corte y la política*, 2a. ed., México, UNAM, 1994, pp. 31-62.

32 Cfr. Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de José Juan de Olloqui Labastida, México, UNAM, 1966, t. I, pp. 576-579; Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero, 2a. ed., México, FCE, 1971, pp. 56-58; Alonso García, Enrique, “El Tribunal Burger y la doctrina de las “Political Questions” en Estados Unidos, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, enero-abril de 1981, pp. 287-299.

33 Cfr. Loewenstein, Karl, “La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 133, enero-febrero de 1964, pp. 5-39.



chos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales”.<sup>34</sup>

33. Es indiscutible que los derechos políticos son derechos humanos, como lo demuestran las Constituciones contemporáneas, incluyendo las latinoamericanas, así como los tratados internacionales de derechos humanos.<sup>35</sup> Nuestra carta fundamental también los consagra y los ha incrementado de manera paulatina, especialmente en materia electoral,<sup>36</sup> por lo que se ha superado de manera definitiva el criterio decimonónico de confundir los derechos humanos con las llamadas *garantías individuales*, las que constituyen sólo un sector de los llamados *derechos civiles*. Frente a la amplitud actual de los derechos de la persona humana.<sup>37</sup>

34. En virtud e la tesis tradicional citada anteriormente, se advertía en el ordenamiento jurídico mexicano la ausencia de un instrumento procesal para proteger los derechos políticos de carácter individual, ya que los colectivos, especialmente los electorales, se han tutelado por medio de diversos instrumentos, inclusive por conducto de la jurisdicción especializada. Por ello, un sector de la doctrina sostuvo con anterioridad a las reformas de 1996, la necesidad de ampliar la procedencia del juicio de amparo hacia algunos de estos derechos.<sup>38</sup> Fue un acierto, por tanto, que se estableciera el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación como un instrumento paralelo al juicio de amparo que como se ha visto, tradicionalmente no procede par la tutela de los derechos políticos.

34 Tesis 623. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, 1988. Segunda parte, tesis comunes al Pleno y a las salas, t. II, p. 1061.

35 Basta citar entre dichos tratados, el *Pacto de la Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos*, la *Convención Europea sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, así como la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Cfr., el análisis conjunto de estos instrumentos de Robertson, A. H., “Pactos y Protocolo Opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos. Estudio Comparativo”, *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 145-189.

36 Cfr. Fix-Fierro, Héctor, “Los derechos políticos en el ordenamiento mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 203-204, septiembrediciembre de 1995, pp. 59-92; Terrazas Salgado, Rodolfo, “El juicio de amparo y los derechos político-electorales”, *Justicia Electoral*, México, núm. 8, 1996, pp. 101-112.

37 Aun cuando la bibliografía sobre la materia es inagotable, citaremos en vía de ejemplo, por su examen integral del tema, a la obra del destacado tratadista argentino Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989.

38 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”, *cit. supra*, nota 1, pp. 185-188.

35. Sin embargo, sería conveniente estudiar la posibilidad de que algunos derechos políticos queden fuera del campo de protección del nuevo instrumento, como por ejemplo, los de libre expresión de las ideas, el de la libertad de expresión en los medios de comunicación, y el de petición, todos ellos en materia política, cuando dichos derechos no tengan directa o indirectamente propósitos electorales (artículos 6o. a 9o. constitucionales). Estos preceptos fundamentales no hacen referencia expresa a la materia política, salvo el último, el cual dispone en su parte relativa: “... sólo los ciudadanos de la República podrán tomar parte en los asuntos políticos del país.”

36. La doctrina señala que el antecedente del juicio para la protección de los derechos político-electorales se encuentra en la llamada *apelación ciudadana* regulada por el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) con anterioridad a la última reforma de 1996,<sup>39</sup> el que podía plantearse ante el anterior Tribunal Federal Electoral por los ciudadanos afectados por las decisiones del Instituto Federal Electoral responsable de la inscripción, cuando se hubiesen declarado improcedentes las solicitudes de los propios afectados para corregir los supuestos en los que no se les hubiese expedido oportunamente la credencial de elector con fotografía, o bien no hubiera aparecido en las listas nominales de electores de los distritos de su domicilio, o bien se les hubiese excluido o incluido indebidamente en dichas listas (artículo 151 de dicho Código en su redacción anterior). Dicha apelación podía interponerse tanto por los ciudadanos como por los partidos políticos cuando hubiesen sido afectados, tanto en el lapso entre dos elecciones (artículo 294, incisos *b*) y *c*) anterior), o bien en el periodo electoral (artículo 295, inciso *b*), por lo que es evidente que coincide en varios aspectos con el juicio de protección que se analiza.<sup>40</sup>

37. Este llamado indebidamente *recurso de apelación* tuvo una significativa repercusión en las elecciones federales de 1994, ya que según los datos aportados por el entonces Tribunal Federal Electoral, en ese periodo electoral se plantearon ante dicho organismo jurisdiccional un total de

39 Cfr. Terrazas Salgado, Rodolfo y Mata Pizaña, Felipe de la, “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano”, *Estudio teórico práctico del sistema de medios de impugnación en materia electoral*, México, Centro de Capacitación Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1997, pp. 270-272.

40 Cfr. García Ramírez, Sergio, “La apelación en el contencioso electoral”, *Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, México, Instituto Federal Electoral-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 53-117.

80,083 recursos, de los cuales 80,023 fueron interpuestos por ciudadanos y únicamente 60 por partidos políticos.<sup>41</sup> En un trabajo anterior señalamos que era incorrecta la apreciación del legislador al calificarlo como recurso, ya que en realidad debía considerarse como un proceso o juicio impugnativo, y que tampoco correspondía a la figura del recurso por excelencia, que recibe en el proceso ordinario el nombre de *apelación*.<sup>42</sup> Por ello consideramos que es más correcta y al mismo tiempo más amplia la denominación actual.

38. Por lo que respecta a la competencia para conocer de este instrumento, el mismo puede presentarse ante la Sala Superior, en única instancia, cuando se trate de la violación a los derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, asociarse individual y libremente para formar parte en forma pacífica en los asuntos jurídicos del país (artículos 99, fracción V, de la carta federal; 189, fracción I, inciso *f*) y 83, inciso *a*) fracciones I y II, respectivamente, de las leyes Orgánica del Poder Judicial de la Federación y de la General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Federal),<sup>43</sup> y durante el periodo electoral y ante las Salas Regionales del mismo Tribunal,<sup>44</sup> cuando no se entregue al afectado el documento necesario para ejercer el voto, o no aparezca, o considere que se le ha excluido de la lista nominal de electores de la sección correspondiente a su domicilio (mismo precepto constitucional, y los artículos 195, fracción III y 83, inciso *b*) de las Leyes Orgánica del Poder Judicial Federal y la del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, respectivamente).

41 Cfr. *Memoria 1994*, México, Tribunal Federal Electoral, 1995, t. I, pp. 322 y 323.

42 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción a la teoría de los recursos en el contencioso electoral", *op. cit.*, nota 40, pp. 31 y 32.

43 El artículo 79 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral dispone al respecto: "El juicio para la protección de los derechos político-electorales, sólo procederá cuando el ciudadano por sí mismo y en forma individual, haga valer presuntas violaciones a sus derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos. En el supuesto previsto en el inciso *e*) del párrafo 1 del siguiente artículo (cuando habiéndose asociado con otros ciudadanos para tomar parte en forma pacífica en asuntos políticos, conforme a las leyes aplicables, consideren que se les negó indebidamente su registro como partido político o agrupación política), la demanda deberá presentarse por conducto de quien ostente la representación legítima de la organización política agraviada."

44 Debe tomarse en cuenta que durante el tiempo que transcurra entre dos procesos electorales federales ordinarios o extraordinarios, estas controversias deben someterse a la Sala Superior en una sola instancia.

39. Están legitimados los ciudadanos individualmente considerados que hubieren sido lesionados en sus derechos político-electorales, pero únicamente podrán promover el juicio cuando hubiesen agotado todas las instancias previas y realizado las gestiones necesarias para estar en condiciones de ejercer el derecho político-electoral presuntamente violado en la forma y en los plazos que las leyes respectivas establezcan para tal efecto. En su caso, deberán agotar previamente las instancias administrativas, y en ese supuesto las autoridades electorales les proporcionarán orientación y pondrán a su disposición los formatos que sean precisos para la presentación de las demandas respectivas (artículos 80 y 81 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).<sup>45</sup>

40. Existe una regla particular en un supuesto de promoción del juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano, cuando el afectado, habiéndose asociado con otros ciudadanos para tomar parte en forma pacífica en asuntos políticos, conforme a las leyes aplicables, considere que se les negó indebidamente su registro como partido político o agrupación política, ya que en esa hipótesis, la demanda deberá presentarse por conducto de quien ostente la representación legítima de la organización o agrupación política agraviada (artículos 79 y 80, c), de la Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral). Estos preceptos carecen de precisión, pues no queda claro si se trata de la tutela de un interés individual, el del ciudadano, o de carácter colectivo, el de la asociación de la que forma parte.

41. De acuerdo con lo establecido por el artículo 82 del ordenamiento procesal que se analiza, cuando por causa de inelegibilidad de los candidatos, las autoridades electorales competentes determinen no otorgar o revocar la constancia de mayoría o de agrupación respectiva, los ciudadanos afectados no podrán interponer el juicio de protección de sus derechos político-electorales, sino que deberán acudir al juicio de inconformidad, y en su caso, al recurso de reconsideración respectivo, cuando se trate de procesos electorales federales, pero cuando esta situación se presente en comicios de carácter local, el agraviado sólo podrá promover el citado juicio de protección, en el supuesto de que la ley electoral co-

45 La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal estableció criterio en el sentido de que el “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Es improcedente contra actos de los partidos políticos”. Juicio 12/97, Andrés Arnulfo Rodríguez Zárate y otros, resuelto del 27 de mayo de 1997, *Justicia Electoral. Suplemento*, México, núm. 1, 1997, pp. 48 y 49.

respondiente no le confiera un medio de impugnación jurisdiccional que sea procedente en estos casos, o cuando habiendo agotado el mismo, considere que se reparó la violación constitucional reclamada.

42. En la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral se establecen disposiciones específicas en cuanto a los efectos de las sentencias pronunciadas en los juicios de protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos. Además de determinar que los fallos son definitivos e inatacables, se dispone que las resoluciones favorables a los demandantes pueden tener los siguientes efectos: *a*) confirmar el acto o resolución impugnados, o *b*) revocar o modificar dicho acto o resolución y restituir al promovente en el uso y goce del derecho político-electoral que le haya sido violado (artículo 84). Además, en virtud de los problemas que se presentaron en la realidad en la aplicación de los fallos favorables a los ciudadanos en el anterior recurso de apelación (véase *supra*, párrafos 36-37), el artículo 85 de dicho ordenamiento ordena que tratándose de la violación de sus derechos relativos a la expedición de las credenciales de elector o de figurar correctamente en las listas nominales respectivas, si por razón de los plazos legales o por imposibilidad técnica o material la autoridad electoral federal o local responsable no pueda incluir a los afectados en la lista nominal correspondiente o expedirles el documento que exija la ley electoral para poder sufragar, bastará la exhibición de la copia certificada de los puntos resolutivos del fallo así como de una identificación, para que los funcionarios electorales permitan que los ciudadanos respectivos ejerzan el derecho de voto el día de la jornada electoral, en la mesa de casilla que corresponda a su domicilio o, en su caso, en una casilla especial en los términos de la ley de la materia.<sup>46</sup>

43. El citado juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos fue ejercido por numerosos electores ante las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal durante las elecciones federales de 1997, aun no con la profusión con la cual se promovieron los llamados *recursos de apelación* en comicios anteriores, que constituye su antecedente (véase *supra*, párrafo 37). En efecto, en total se interpusieron 7,507 de dichas impugnaciones, y de ellas la mayoría se apoyó en la no expedición de la credencial respectiva (5,239).<sup>47</sup>

46 Cfr. Terrazas Salgado, Rodolfo y De La Mata Pizaña, Felipe, "Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano", *cit. supra*, nota 39, pp. 274-276.

47 Cfr. *Justicia Electoral*, suplemento núm. 1, *cit. supra*, nota 45, Sección Estadística Judicial, Gráficas 2 y 6, pp. 69 y ss.

## V. EL JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL

44. Este instrumento fue introducido por el artículo 99 constitucional y por la Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en las reformas de 1996, con el objeto de establecer la posibilidad de combatir la inconstitucionalidad de los actos o resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas,<sup>48</sup> si se toma en consideración que no existe otro procedimiento por el cual pudiesen combatirse los actos concretos de las autoridades electorales locales que infrinjan directamente la Constitución Federal, ya que como hemos dicho, no procede el juicio de amparo, según la jurisprudencia tradicional, contra la violación de los derechos políticos (véanse *supra*, párrafos 31-43), y por el contrario, sí pueden impugnarse las disposiciones legislativas electorales locales por conducto de la acción abstracta de inconstitucionalidad (véanse *supra*, párrafos 23 y 24).<sup>49</sup>

45. En efecto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 86 de la Ley mencionada, el juicio de revisión constitucional electoral sólo procederá para impugnar actos o resoluciones de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios locales o resolver las controversias que surjan durante los mismos, pero siempre que se satisfagan determinados requisitos, cuyo incumplimiento determinará que se deseché de plano el medio de impugnación respectivo. En tal virtud, el citado ordenamiento exige que los actos o resoluciones combatidos, tengan, en primer lugar, el carácter de definitivos y firmes;<sup>50</sup> que

48 En la parte relativa de la exposición de motivos de la iniciativa presidencial que sirvió de base a las reformas constitucionales de agosto de 1996, se manifestó que: "... Al respecto, la iniciativa plantea un mecanismo absolutamente respetuoso de nuestro sistema federal, al prever que esta nueva vía sólo procederá cuando haya violaciones directas a la Constitución Federal y en casos determinados que por su trascendencia ameriten ser planteados ante esta instancia jurisdiccional. Con lo anterior se pretende moderar aquellas situaciones que por su disparidad o divergencia con el sentido de nuestro texto fundamental, atentan contra el Estado de derecho. De igual manera, con esta vía se aspira a superar los debates sobre la legalidad de los procesos locales, cerrando el camino a decisiones políticas sin fundamento jurídico que pudieren afectar el sentido de la voluntad popular expresada en las urnas."

49 *Cfr.* Elizondo Gasperín, María Macarita, "El juicio de revisión constitucional", *op. cit.*, *supra*, nota 39, pp. 283-310.

50 De acuerdo con la tesis jurisprudencial establecida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal, "El principio de definitividad, rector del juicio de revisión constitucional electoral, a que se refiere el artículo 86, párrafo 1, inciso f) de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral se cumple, cuando se agotan previamente a la promoción de aquél, las instancias que reúnan las dos siguientes características: a) que sean idóneas, conforme a las leyes locales respectivas para impugnar el acto o resolución electoral de que se trate, y b)

violen algún precepto de la Constitución Federal; que la infracción reclamada pueda resultar determinante para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones; que la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales y factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos, y finalmente, que se hubiesen agotado en tiempo y forma todas las instancias previas establecidas por las leyes para combatir los actos o resoluciones electorales en virtud de los cuales pudieran haberse modificado, revocado o anulado.

46. El conocimiento de este proceso de revisión constitucional corresponde a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en única instancia, tratándose de actos o resoluciones relativos a las elecciones de gobernadores, diputados locales, autoridades municipales, así como de jefe de gobierno, diputados a la Asamblea Legislativa y titulares de los órganos político-administrativos del Distrito Federal (artículos 99, fracción IV, de la Constitución Federal; 89, fracción I, inciso *e*) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 87 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

47. Únicamente los partidos políticos pueden promover dicho juicio de revisión constitucional electoral por conducto de sus representantes legítimos, siempre que dichos representantes estén registrados formalmente ante el órgano electoral responsable cuando éste haya dictado el acto o resolución impugnados: cuando hayan interpuesto el medio de impugnación jurisdiccional al cual recayó la resolución impugnada; los que hayan comparecido con el carácter de tercero interesado en el medio de impugnación jurisdiccional al cual recayó la resolución combatida; o finalmente, los que tengan facultades de representación de acuerdo con los estatutos del partido político respectivo, en los casos que se dan distintos a los precisados en los supuestos anteriores. La falta de legitimación o de personería será causa para el desechamiento de plano del proceso impugnativo de que se trata (artículo 88 de la Ley General de Medios de Impugnación).

48. El artículo 93 de la referida Ley General de Medios de Impugnación consigna reglas particulares respecto de los efectos de las sentencias

que conforme a los propios ordenamientos sean aptas para modificar, revocar o anular éstos...” Resolución dictada el 25 de septiembre de 1997, en el juicio de revisión *Protección jurídica constitucional* 92/97, promovido por el Partido del Trabajo.

que decidan los juicios de revisión constitucional electoral, ya que dichos efectos pueden consistir en la confirmación del acto o la resolución impugnados, o bien, en la revocación o modificación de los mismos, y consecuentemente, en el establecimiento de los medios necesarios para reparar la violación constitucional que se hubiese cometido.<sup>51</sup>

## VI. LAS COMISIONES DE DERECHOS HUMANOS (*OMBUDSMAN*)

49. Los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos que han tomado como modelo la institución del *ombudsman* de origen escandinavo, son recientes en el ordenamiento mexicano, no obstante lo cual, conjuntamente con el juicio de amparo, habían sido las garantías constitucionales con mayor eficacia para la tutela de los derechos fundamentales, hasta la creación de los nuevos instrumentos establecidos en las reformas constitucionales y legales de 1995 y 1996, a que se ha hecho referencia con anterioridad.

50. Si bien en estricto sentido no tendrían cabida dichos organismos dentro de la disciplina que hemos calificado como “derecho procesal constitucional”, en cuanto no constituyen instrumentos de carácter procesal, su análisis se ha incorporado a esta nueva rama del derecho procesal debido a su vinculación con los organismos jurisdiccionales, a los cuales apoyan y auxilian en su labor de protección de los derechos humanos. Además, si realizamos un examen comparativo de diversas ramas procesales, podemos observar que son varias las instituciones que no son rigurosamente jurisdiccionales, pero que se estudian como parte de dichas disciplinas y como ejemplos se pueden citar la jurisdicción voluntaria en los procesos civil y mercantil; la averiguación previa en el proceso penal, y los recursos administrativos en el proceso de esta materia.

51. No haremos referencia, debido a la índole resumida de este trabajo, a los antecedentes escandinavos del *ombudsman*, a su dinámico desarrollo en la segunda posguerra, tanto en Europa Continental como en varios ordenamientos de la tradición jurídica del *common law* e inclusive en numerosos países en vías de desarrollo en Asia y en África, que han convertido a estos organismos en instrumentos que se pueden calificar de *universales*. Como es bien sabido tales organismos han asumido diversos

51 Cfr. Elizondo Gasperín, María Macarita, “El juicio de revisión constitucional”, *cit. supra*, nota 49, pp. 311-333.



nombres, como los de *Parliamentary Commissioner*, *Médiateur*, *Volksanwaltschaft* (abogacía popular), *difensore civico*, etcétera, pero los más próximos a los ordenamientos latinoamericanos han sido el *promotor de la justicia* de Portugal (Constitución de 1976-1982) y, de manera especial, el *defensor del pueblo* español (Constitución de 1978), que ha sido el modelo inmediato, inclusive en su denominación, para una mayoría de las legislaciones de nuestra región.<sup>52</sup>

52. En una breve síntesis podemos afirmar que la introducción de organismos similares al *ombudsman* en América Latina ha sido tardía debido al desconocimiento que se ha tenido de la institución, que un principio parecía muy alejada de las tradiciones jurídicas latinoamericanas. Además, hasta hace pocos años, eran escasos los estudios en idioma castellano sobre este instrumento tutelar de los derechos humanos. Sin embargo, como lo hemos afirmado en el párrafo anterior, la creación del promotor de la justicia en Portugal, pero de manera muy particular, del defensor del pueblo español, así como los estudios comparativos de los juristas hispanos Alvaro Gil Robles y Gil Delgado,<sup>53</sup> y Víctor Fairén Guillén,<sup>54</sup> dieron un gran impulso al análisis de este instrumento por los tratadistas latinoamericanos.

53. En visión panorámica, podemos mencionar: a) *Procurador de los derechos humanos* de Guatemala, de la Constitución de 31 de mayo de 1985, introducido en los artículos 273-275, y Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del procurador de los derechos humanos, de primero de octubre de 1986, con reformas posteriores.<sup>55</sup>

52 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas-UNAM, 1982, pp. 281-344; *idem*, "Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica", en la obra del mismo autor, *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2a. ed, México, 1999, pp. 413-454.

53 *El control parlamentario de la administración (El ombudsman)*, 2a. ed., Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1981; *idem*, "El defensor del pueblo y su impacto en España y en América Latina", *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman*, Santa Fé de Bogotá, núm. 3, diciembre de 1994, pp. 53-84. Por lo que se respecta al establecimiento de instituciones similares en las diversas comunidades autónomas españolas, puede consultarse el libro editado por Biglino Campos, Paloma, *El procurador del común. Defensor del pueblo y comunidades autónomas*, Valladolid, Cortes de Castilla, León-Universidad de Valladolid, 1995.

54 *El defensor del pueblo. Ombudsman*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, t. I, *Parte general*, t. II, *Parte especial*, 1982 y 1986.

55 Cfr. Tojoa, Edgar Alfredo, *El procurador de los derechos humanos*, Guatemala, Universidad de San Carlos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1987; De León Carpio, Ramiro, "El ombudsman en Guatemala", *La experiencia del ombudsman en la actualidad. Memoria*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, pp. 127-138.

54. b) *Defensor del pueblo* de Colombia, Constitución de 7 de julio de 1991, artículos 281-286, preceptos desarrollados por la Ley 24, de 15 de diciembre de 1992.<sup>56</sup>

55. c) *Defensoría del Pueblo* de Perú, Constitución de septiembre de 1993, artículos 161 y 162, reglamentados por la Ley 26,520, Orgánica de la Defensoría del Pueblo, de 8 de agosto de 1995.<sup>57</sup>

56. d) *Defensor del Pueblo* de Bolivia, Constitución de 1967, reformada sustancialmente el 12 de julio de 1994, artículos 127 a 131, que no han sido todavía reglamentados.

57. e) *Defensoría del Pueblo* de Ecuador, Constitución de 1948, texto codificado por el Congreso Nacional en agosto de 1998, artículo 29. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo publicada el 20 de febrero de 1997.<sup>58</sup>

58. f) *Procurador para la defensa de los derechos humanos* de El Salvador, Constitución de 1983, reformada el 31 de octubre de 1991, artículo 194. Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, promulgada el 20 de febrero de 1992.<sup>59</sup>

59. g) *Defensor de los habitantes* de Costa Rica, Ley publicada el 10 de diciembre de 1992.<sup>60</sup>

56 Cfr. Córdoba Triviño, Jaime, “Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo en Colombia”, *La experiencia del ombudsman en la actualidad*, pp. 117-125; *idem*, “La Defensoría del Pueblo en Colombia”, *La Defensoría del Pueblo: retos y posibilidades*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 31-45; Madrid-Malo Barizábal, Mario, “El control defensorial en Colombia”, *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman*, *cit. supra*, nota 53, pp. 85-94.

57 Cfr. Abad Yupanqui, Samuel, “El ombudsman o defensor del pueblo en la Constitución peruana de 1993. Retos y limitaciones”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 86, mayo-agosto de 1996, pp. 401-417; *idem*, “Defensoría del Pueblo y Administración de Justicia. Elementos para el debate”, *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. III*, Lecturas sobre temas constitucionales, 12, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1996, pp. 91-101.

58 Cfr. Vaca Moreno, Lucía, “El defensor del pueblo”, *Ruptura, Revista de la Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, Quito, 1996, pp. 39-51; “El defensor del pueblo en la Constitución ecuatoriana y su relación con el tribuno de la plebe de la antigua República romana”, *Estudios de homenaje al cincuentenario de su fundación*, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1996, pp. 363-382.

59 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Garantías de los derechos, control judicial, amparo, ombudsman”, en la obra dirigida por Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo, *El derecho público a finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación BBV-Civitas, 1996, pp. 627 y 628.

60 Cfr. Rojas Franco, Enrique, *El defensor del pueblo*, San José, Costa Rica, Iberoamericana de Ediciones, 1993; Vega Robert, Rolando, *El defensor de los habitantes*, San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 1993.

60. h) *Comisionado de los derechos humanos* de la República de Honduras, Constitución de 1982, reformada por decretos de 27 de diciembre de 1994 y 7 de febrero de 1995, artículo 59. Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, promulgada el 10 de noviembre del citado año de 1995.<sup>61</sup>

61. i) *Procurador de los derechos humanos* de Nicaragua. Constitución de 1987, reformada el 1o. de febrero de 1995, artículo 138, inciso 30). Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, publicada el 10 de enero de 1996.

62. j) *Defensor del pueblo* de Argentina. Constitución de 1863-1860, reformada el 22 de agosto de 1994, artículo 86. Es preciso aclarar que en dicho país la institución fue objeto de una evolución paulatina, ya que primero se introdujo en varias Constituciones y leyes provinciales, así como en varias ciudades, entre ellas Buenos Aires (Contraloría General Comunal, 17 de octubre de 1985), y en el ámbito nacional, primero como organismo desconcentrado y posteriormente como un comisionado parlamentario, pero con su actual denominación, regulado por la Ley 24,284 de 1993 sobre el propio defensor del pueblo, que con algunas modificaciones sigue en vigor después de ser elevada la institución a rango constitucional en agosto de 1994.<sup>62</sup>

63. h) *Defensor del pueblo* de Paraguay. Constitución de 20 de junio de 1992, artículos 276-280.

64. i) El más reciente de todos estos organismos no jurisdiccionales latinoamericanos es el *defensor del pueblo* de Venezuela, introducido en los artículos 280-283 de la Constitución publicada el 30 de diciembre de 1999.<sup>63</sup>

65. Por lo que se refiere al ordenamiento mexicano, la creación del *ombudsman* ha sido también reciente y se ha desarrollado con inusitada

61 Cfr. Volio, Fabián *et al.*, *Funciones y alcances de la Oficina del Comisionado Nacional de Derechos Humanos de Honduras. Estudio introductorio*, San José-Tegucigalpa, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Real Ministerio de los Países Bajos para la Cooperación, 1995.

62 La bibliografía argentina sobre el *ombudsman* y su introducción en ese país, es bastante amplia, por lo que nos limitamos a señalar algunas obras significativas; Maiorano, Jorge L., *El ombudsman. Defensor del pueblo y las instituciones republicanas*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1987, pp. 431-337; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El defensor del pueblo (ombudsman)*, Buenos Aires, Ediar, 1989, pp. 197-250. Sobre la regulación actual, entre otros, Luna, Eduardo Fernando, "El defensor del pueblo", *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Mendoza-Buenos Aires, Depalma, 1995, t. II, pp. 89-114; Gil Domínguez, Andrés, "El defensor del pueblo", *En busca de un interpretación constitucional. Nuevos enfoques sobre la reforma de 1994*, Buenos Aires, Edarcx, 1997, pp. 221-235.

63 Cfr. Brewer-Carías, Allan R., *La Constitución de 1999. Comentada*, Caracas, Editorial Arte, 2000, pp. 140-142.

rapidez. En efecto, hasta principios de la década de los ochenta, la institución era prácticamente desconocida en México, pero durante dicha década se realizaron varios ensayos para establecer organismos similares, aun cuando sin una comprensión muy estricta de la organización y funciones de la institución. Dentro de estos intentos, que no tuvieron eficacia en la práctica, podemos mencionar la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos en el Estado de Nuevo León, establecida por una ley del Congreso local de 3 de enero de 1979; el procurador de vecinos, creado por acuerdo del ayuntamiento de la ciudad de Colima el 21 de noviembre de 1983, y que se institucionalizó en la Ley Orgánica Municipal del Estado del mismo nombre publicada el 8 de diciembre de 1984.<sup>64</sup>

66. El primer organismo que ha funcionado en la realidad, aun cuando con una competencia restringida, ha sido la *Defensoría de los Derechos Universitarios*, cuyo estatuto fue aprobado por el Consejo Universitario de la UNAM el 29 de mayo de 1985.<sup>65</sup> Siguiéron varias instituciones a nivel estatal y municipal, tales como la *Procuraduría de la Defensa del Indígena* del Estado de Oaxaca (1986); la *Procuraduría Social de la Montaña* del Estado de Guerrero (1987); la *Procuraduría de Protección Ciudadana* del Estado de Aguascalientes (1988); y la *Defensoría de los Derechos de los Vecinos* de la Ciudad de Querétaro (1988).<sup>66</sup>

67. La evolución continuó con la *Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal*, creada por Acuerdo del jefe de dicho Departamento (hoy jefe de gobierno del Distrito Federal), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de enero de 1989, cuyo Manual de organización apareció en el mismo *Diario Oficial* del 17 de julio del mismo año. El paso más importante en la institucionalización de los organismos no jurisdiccionales de tutela de los derechos humanos, se dio con la creación de la *Comisión Nacional de Derechos Humanos* por acuerdo presidencial de 5 de junio de 1990 y cuyo Reglamento fue elaborado por el Consejo de dicha institución los días 18 de junio a 9 de julio de ese año.

64 Cfr. Aguilar Cuevas, Madgalena, *El defensor del ciudadano* (ombudsman), México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 113-138.

65 Cfr. Barrera Graf, Jorge, "La Defensoría de los Derechos Universitarios. Análisis legal", *La Defensoría de los Derechos Universitarios en la UNAM y la institución del ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986, pp. 23-32; Carreras Maldonado, María et. al., *Defensoría de los Derechos Universitarios* (ombudsman en la UNAM), México, Cuadernos de Legislación Universitaria, 1993; *idem*, *Concordancias y comentarios del Esttuto y del Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios*, México, UNAM, 1992.

66 Cfr. Madrazo Cuéllar, Jorge, *Derechos humanos: el nuevo enfoque mexicano*, México, FCE, 1993, pp. 51 y 52.

68. Si bien esta Comisión fue establecida como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación y su titular era nombrado libremente por el presidente de la República, al designarse como su primer presidente al conocido constitucionalista Jorge Carpizo, adquirió una notable independencia y realizó una labor excepcional, no sólo en cuanto a la investigación de reclamaciones individuales por violación de derechos fundamentales por la conducta de carácter administrativo de las autoridades públicas, sino que también desarrolló una dinámica actividad en cuanto a la promoción, enseñanza, capacitación y divulgación de los propios derechos humanos, así como una intensa labor editorial.<sup>67</sup>

69. Una de las innovaciones de la organización de la citada Comisión Nacional, que se ha institucionalizado posteriormente en el ordenamiento mexicano, es la relativa a la creación de un consejo integrado por diez personas de elevada reputación y de diversas orientaciones sociales y políticas, para asesorar al presidente del citado organismo y fijar los lineamientos generales de la política que debe seguir la institución.

70. La extraordinaria labor realizada por este organismo tuvo efectos de gran trascendencia, puesto que dio a conocer la institución del *ombudsman* en su labor de protección de los derechos humanos, y además, inició la formación de una cultura sobre los derechos fundamentales que con anterioridad no existía, como lo demuestra el gran número de reclamaciones planteadas en los dos primeros años de labor de la propia Comisión. Una de las consecuencias más significativas fue el establecimiento de un ambiente propicio para la constitucionalización de este instrumento en un plazo corto, si tomamos en cuenta su reciente introducción.

71. De acuerdo con la reforma constitucional de 27 de enero de 1992, publicada al día siguiente en el *Diario Oficial de la Federación*, se adicionó el artículo 102 de la Constitución Federal (que en su primera parte reglamenta a la Procuraduría General de la República y al Ministerio Público Federal que está bajo sus órdenes) con un apartado “B”, en cuya parte relativa se dispone:

El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa

67 Cfr. Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-UNAM, 1993, pp. 11-29.

provenientes de cualquiera autoridad o servidor público, con excepción del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. *Formularán recomendaciones públicas autónomas no vinculatorias* y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas ...

72. Esta norma constitucional fue reglamentada por la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos expedida por el Congreso de la Unión y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de junio de 1992. El Reglamento de la propia Comisión fue aprobado por su Consejo y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de noviembre del mismo año.<sup>68</sup>

73. Este precepto constitucional fue reformado por decreto legislativo de septiembre de 1999, en el cual fueron incorporadas algunas modificaciones que no alteraron sustancialmente la estructura y funcionamiento de los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos en nuestro país.

74. En forma muy sintética podemos señalar los cambios introducidos en el nuevo texto del artículo 102, apartado B, de la carta federal. *a)* En primer lugar se corrigió el error del anterior texto de señalar que las recomendaciones serían autónomas, ya que es evidente que la autonomía debe corresponder a los citados organismos y no a las mencionadas no recomendaciones, las cuales conservan su carácter público y no vinculatorio.

75. *b)* En segundo término se conservó la falta de competencia de los organismos no jurisdiccionales para conocer de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales, disposición que había sido objeto de controversia debido al desconocimiento de algunos grupos políticos sobre la naturaleza de las funciones de los propios organismos, que de acuerdo con el modelo escandinavo únicamente deben avocarse al conocimiento de las violaciones de los derechos humanos debidas a la conducta de autoridades administrativas o de naturaleza administrativa de los otros órganos del poder público.

76. *c)* Se incorporó al texto constitucional de manera precisa el carácter autónomo de la Comisión Nacional, lo que se había establecido de manera indirecta en diversos preceptos de la Ley Orgánica de la misma.

68 Cfr. Rabasa Gamboa, Emilio, *Vigencia y efectividad de los derechos humanos en México. Análisis jurídico de la Ley de la CNDH*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992; Armienta Calderón, Gonzalo, *El ombudsman y la protección de los derechos humanos*, México, Porrúa, 1992, pp. 237-273.

Se dispone claramente que dicha Comisión “contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios” (cuarto párrafo del citado precepto fundamental). A nuestro modo de ver esta norma debería haberse extendido a las comisiones de las entidades federativas, pero esto seguramente se establecerá en las legislaciones locales respectivas. Además debe destacarse una ligera modificación gramatical en la denominación del organismo nacional, ya que de acuerdo con su Ley Orgánica tenía el nombre de Comisión Nacional de Derechos Humanos, y ahora la disposición que comentamos lo cambia por *Comisión Nacional de los Derechos Humanos*.

77. d) El cambio más significativo se advierte en el procedimiento de designación del presidente de la Comisión Nacional y de los diez miembros de la Comisión Consultiva y Asesora, ya que anteriormente, de acuerdo con las disposiciones respectivas de la Ley Orgánica del citado organismo no jurisdiccional todos eran propuestos por el presidente de la República y aprobados por el Senado Federal. De acuerdo con los párrafos quinto y sexto del mencionado artículo 102, apartado “B”, de la carta federal, en su nuevo texto, tanto el citado presidente como los consejeros serán designados directamente por el Senado Federal, por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, y en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, sin intervención del titular del Ejecutivo Federal. Además, el presidente de la Comisión durará cinco años en su cargo (en lugar de los cuatro anteriores) y podrá ser reelecto por una sola vez, en tanto que dos de los consejeros de mayor antigüedad serán sustituidos anualmente (en lugar de uno de acuerdo con la Ley Orgánica), pero podrán ser propuestos y ratificados para un segundo periodo, posibilidad que no se contemplaba anteriormente.<sup>69</sup>

78. Si bien la Ley Orgánica de la Comisión Nacional no ha sido todavía reformada para adaptarse al nuevo texto constitucional, podemos destacar en forma breve las funciones de este organismo que no han sido modificados por la reforma de 1999.

79. Por lo que se refiere a las *funciones* de la Comisión Nacional, éstas son muy amplias, pues la parte final del artículo 2o. de la Ley, expresa que dicha Comisión: “... tiene por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos pre-

69 Martínez Bullé-Goyri, Víctor M., “La reforma del artículo 102, apartado ‘B’ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999, pp. 281-290.

vistos por el ordenamiento jurídico mexicano”. De estas atribuciones la más significativa, como ocurre con los instrumentos tutelares que toman como modelo el *ombudsman* de origen escandinavo, es la de realizar investigaciones, ya sea a petición de los afectados o de oficio, sobre las violaciones de los derechos humanos por parte de actos u omisiones de *carácter administrativo* de cualquier autoridad o funcionario público, como lo reiteró el nuevo texto constitucional reformado en 1999.

80. Es preciso recordar que el paradigma escandinavo se estableció y desarrolló con el propósito esencial de fiscalizar la actividad de las autoridades administrativas, y por extensión, la conducta de carácter administrativo de otras autoridades, cuando afectasen los derechos e intereses legítimos de los administrados. Sin embargo, cuando se establecieron el promotor de la justicia de Portugal y el defensor el pueblo español (véase *supra*, párrafo 52), debido a que estos países habían sufrido prolongadas dictaduras, su función esencial se centró en la protección de los derechos fundamentales, y por ello es que adquirieron el carácter de instrumentos de garantía constitucional y no exclusivamente de la legalidad. Debido a las constantes violaciones de derechos humanos por parte de los gobiernos autoritarios, en su mayoría de carácter castrense, que predominaron en Latinoamérica hace dos décadas y que afortunadamente han sido superados en los últimos años, no resulta extraño que en las Constituciones democráticas posteriores a dichos regímenes se hubiesen adoptado instrumentos protectores no jurisdiccionales de acuerdo con el modelo del *ombudsman*, pero con el objeto esencial, de acuerdo con el ejemplo de España y Portugal, de tutelar los derechos fundamentales.

81. Ese también fue el propósito esencial del texto constitucional del artículo 102, apartado “B” de la carta federal mexicana, tanto en el texto original de 1992 como en el vigente de 1999, ya que los órganos que establece a nivel nacional y local, tienen con el propósito básico la protección de los derechos humanos que establece el ordenamiento jurídico mexicano, si bien la disposición constitucional no es precisa, al no señalar de manera exclusiva los derechos consagrados en la carta federal, la tutela se extiende de manera implícita también a los derechos establecidos en los tratados internacionales que han sido incorporados al derecho interno en los términos del artículo 133 constitucional, es decir, los ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado federal, El artículo 1o. del Reglamento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, dispone de manera terminante, que la tutela se extiende a los “...derechos humanos



previstos por el orden jurídico mexicano y en los instrumentos jurídicos internacionales que México ha ratificado ". A su vez, el artículo 60. del mismo Reglamento agrega que:

Para los efectos del desarrollo de las funciones de la Comisión Nacional, se entiende que los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo, son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados reproducido en la obra del mismo autor, Ensayos sobre el derecho de amparo, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 727-793. por México.<sup>70</sup>

82. Como ya se ha mencionado el precepto constitucional excluyó de manera expresa del conocimiento de los organismos mencionados, tales como los asuntos *laborales*, *electorales* y *jurisdiccionales* en su texto original y esa prohibición se reitera en la reforma de 1999. La mención de estos aspectos no era ni es indispensable, en virtud de que, como es bien sabido, los organismos similares al *ombudsman* sólo conocen de la *materia administrativa*, pero como en México, por desconocimiento de la institución, algunas corrientes políticas pretendían incluir estos asuntos en el texto de 1992, e insistieron con posterioridad, fue necesario consignar y reafirmar expresamente dichas prohibiciones.

83. Aun cuando resulta clara la exclusión de los asuntos jurisdiccionales, ya que su examen corresponde a los tribunales, en cuya independencia no puede interferir el *ombudsman*, existe discusión sobre la fiscalización respecto a las actividades administrativas de los propios tribunales. Aun cuando no existe una regla general al respecto en las diversas legislaciones que han consagrado la institución, prevalece el criterio de que esta fiscalización es posible, ya que no lesiona la independencia judicial, en virtud de que las investigaciones respectivas, al no culminar con resoluciones obligatorias, sirven de auxilio y apoyo a las funciones disciplinarias de los organismos jurisdiccionales.

70 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *El mundo moderno de los derechos humanos. Ensayos en honor de Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 159-207; *idem*, "Ochenta años de evolución del juicio de amparo mexicano", en la obra coordinada por Emilio O. Rabasa, *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, Cámara de Diputados, LVII Legislatura-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 419-423,

84. Sin embargo, por carecer de una idea precisa de las funciones de estos organismos, la Suprema Corte de Justicia de México se opuso a la intervención nacional de los derechos humanos en el ámbito judicial, y por ello, el precepto constitucional mencionado prohíbe la fiscalización del *ombudsman* al Poder Judicial Federal. De acuerdo con el criterio que consideramos correcto, que ha seguido la Comisión Nacional en su composición actual, las comisiones locales pueden hacer investigaciones sobre la conducta administrativa de los tribunales locales, y la nacional en relación con otros tribunales federales que no forman parte de manera expresa del citado Poder Judicial Federal, en los términos del artículo 94 constitucional. Entre estos organismos jurisdiccionales se encuentran el Tribunal Fiscal de la Federación, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (este último resuelve los conflictos entre los empleados y funcionarios del gobierno federal y el del Distrito Federal y las dependencias respectivas), así como los Tribunales Federales Agrarios establecidos en 1992.<sup>71</sup>

85. El procedimiento que se sigue ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos es muy flexible, con acceso directo de los afectados y de las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos, los que pueden hacerlo por cualquier medio de comunicación, con ratificación posterior. El artículo 4o. de la Ley Reglamentaria establece en lo conducente que:

Los procedimientos que se sigan ante la Comisión deberán ser breves y sencillos y estarán sujetos sólo a las formalidades esenciales que requiera la documentación de los expedientes respectivos. Se seguirán de acuerdo con los Principios de inmediatez, concentración y rapidez y se procurará, en la medida de lo posible, el contacto directo con los quejosos, denunciantes y autoridades, para evitar la dilación de las comunicaciones escritas.

86. El plazo preclusivo para acudir a la Comisión Nacional es de un año a partir de que se hubiese iniciado la ejecución de los hechos que se estimen violatorios, o de que el quejoso hubiese tenido conocimiento de los mismos. En casos excepcionales y tratándose de infracciones graves a los derechos humanos, la Comisión Nacional podrá ampliar dicho plazo

71 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas reflexiones sobre el *ombudsman* y el Poder Judicial en México”, *El ombudsman judicial. Perspectivas internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 187-221.

mediante una resolución razonada. No contará plazo alguno cuando se trata de hechos que por su gravedad pueden ser considerados *violaciones de lesa humanidad* (artículo 26 de la Ley). A este último aspecto, seguramente el legislador tomó en consideración lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad firmada el 26 de noviembre de 1968 y en vigor el 11 de noviembre de 1970, ya que el artículo 1o., inciso *b*) de dicho instrumento internacional dispone que deben considerarse crímenes de *lesa humanidad* los cometidos en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg del 8 de agosto de 1945, y confirmada por varias resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a los cuales se agregan la expulsión por ataque armado y ocupación y los actos inhumanos debido a la política del *Apartheid* (la que ha sido suprimida por las Constituciones de Sudáfrica de 1993 y la vigente de 1996) y la sanción del delito de genocidio, aun si estos actos no constituyen una violación al derecho interno del país en que fueron cometidos (como era el caso de la legislación anterior de Sudáfrica, ya derogada).<sup>72</sup>

87. Una vez admitida la queja (que cuando se estima improcedente, se debe orientar al afectado para que acuda a la instancia competente) se procura la conciliación entre el peticionario y las autoridades, pero siempre dentro del respeto de los derechos humanos. Si no se logra, se sigue un procedimiento contradictorio, de carácter flexible, como se ha dicho, el que es instruido por los visitadores, los que formulan un proyecto, ya sea de recomendación o de acuerdo de no responsabilidad, que es revisado y suscrito, en su caso, por el presidente de la Comisión. Cuando el procedimiento culmina con una recomendación que no tiene carácter obligatorio, la autoridad respectiva debe comunicar a la Comisión en un plazo de quince días si la acepta, y tiene otros quince para entregar a la propia Comisión las pruebas del cumplimiento respectivo. Este último plazo puede ampliarse cuando la naturaleza de la recomendación así lo amerite (artículos 25 al 45 de la Ley Reglamentaria).

72 El artículo 68 del Reglamento de la Comisión Nacional considera como casos en los cuales puede ampliarse el citado lapso de un año, las infracciones graves a los derechos fundamentales de la persona relativos a la libertad y a la vida, así como a la integridad psíquica y física, y por lo que respecta a las violaciones de “lesa humanidad”, las define como aquellas *que atenten contra una comunidad o grupo social en su conjunto*.

88. La Comisión Nacional debe notificar de manera inmediata al promovente los resultados de la investigación, la recomendación respectiva, su aceptación y ejecución, o bien, en su caso, el acuerdo de no responsabilidad. La divulgación de las recomendaciones y acuerdos es muy amplia, puesto que el presidente debe publicar, en su totalidad o en forma resumida dichos documentos. Y así lo hace de manera periódica por conducto de las gacetas informativas que aparecen mensualmente y que son voluminosas por los numerosos datos que contienen. Además, dicha información se hace llegar de manera inmediata a los diversos medios de comunicación. Como lineamiento esencial de los organismos similares al *ombudsman*, el presidente de la Comisión Nacional debe rendir un informe anual, tanto al Congreso de la Unión como al titular del Ejecutivo Federal, sobre las actividades que haya realizado en el periodo respectivo, el que deberá ser difundido en la forma más amplia posible para conocimiento de la sociedad (artículos 51 y 52 de la Ley). Debe aclararse que en el penúltimo párrafo del precepto constitucional que comentamos, reformado en septiembre de 1999, se amplió esta obligación del presidente de la Comisión Nacional de presentar el informe anual a los poderes de la Unión, y al efecto deberá comparecer ante las Cámaras del Congreso en los términos que establezca la ley, por lo que la citada Ley Orgánica debe modificarse para fijar los lineamientos de dicha comparecencia.

89. Uno de los aspectos más significativos del informe anual, como ocurre con la mayoría de los organismos similares en los diversos ordenamientos, es que en él se pueden contener proposiciones dirigidas a las autoridades y servidores públicos competentes, tanto federales como locales y municipales, para promover la expedición o modificación de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como para perfeccionar las prácticas administrativas correspondientes, con el objeto de tutelar de manera más efectiva a los derechos humanos de los gobernados y lograr una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos (artículo 53 de la Ley).

90. A este respecto podemos destacar que desde el inicio de sus actividades como organismo desconcentrado y actualmente con carácter autónomo, y con apoyo en estudios en los que han intervenido destacados juristas mexicanos, la Comisión Nacional ha propuesto varias reformas legislativas y constitucionales, que fueron acogidas en iniciativas presidenciales y aprobadas por el Congreso de la Unión con una mayoría significativa de votos. Sería difícil resumir estas reformas, pero varias de

ellas se han traducido en un mejoramiento notable de la situación de los afectados en los procedimientos penales. Por ello se reformaron sustancialmente los Códigos Penal del Distrito Federal (aplicable en toda la República en materia federal) y de Procedimientos Penales Federal y distrital; se expidió una nueva ley para prohibir la tortura: se modificaron los procedimientos el enjuiciamiento de menores; se reformaron los artículos 16, 19 y 20 de la carta federal para establecer un equilibrio entre las funciones del Ministerio Público y los derechos de los detenidos y de las víctimas del delito, etcétera, de 1991 a 1993.<sup>73</sup>

91. Finalmente, cabe resaltar que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos desde su fundación en 1990 como organismo desconcentrado y a partir de junio de 1992 como institución autónoma, cuya autonomía ha sido reforzada en la reforma constitucional de 1999, ha desarrollado una intensa labor de promoción, estudio, capacitación y divulgación de los derechos humanos, que se ha traducido en cursos, conferencias y reuniones, así como en una intensa actividad editorial de gran significación, la que ha contribuido en no poca medida, a lograr el conocimiento de los derechos humanos del ordenamiento mexicano y su defensa tanto ante los organismos similares al *ombudsman* como ante los tribunales y las autoridades administrativas.<sup>74</sup>

92. Por otra parte, debe señalarse que la reforma constitucional de 1992 regula también a los organismos que deben crear las legislaturas locales de acuerdo con su competencia, y se estableció el plazo de un año contado a partir de la publicación del decreto respectivo (28 de enero de 1992) para cumplir con el mandato constitucional. Por tanto, en la actualidad funcionan además de la Comisión Nacional, 32 comisiones locales, de las cuales corresponden 31 a los Estados, más la del Distrito Federal.<sup>75</sup>

93. Las leyes reglamentarias expedidas por las legislaturas locales siguieron el modelo de la nacional, con algunos aspectos peculiares. Los

<sup>73</sup> Cfr. Madrazo Cuéllar, Jorge, *Derechos humanos; el nuevo enfoque mexicano*, cit. supra, nota 66, pp. 215-259; Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, cit. supra, nota 67, pp. 51-145.

<sup>74</sup> Cfr. López Chavarría, José Luis et al., *Evolución normativa de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.

<sup>75</sup> Cfr. García Sánchez, Antonio, et al., *Sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994; Rocatti, Mireille, *Los derechos humanos y la experiencia del ombudsman en México*, Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1995; Fernández Ruíz, Jorge, *Compilación de leyes de los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997.

presidentes de dichas comisiones son designados por los gobernadores de los Estados con aprobación del Congreso local (en la misma forma en que son nombrados los magistrados de los tribunales superiores respectivos). Es posible que este procedimiento sea modificado de acuerdo con el establecido en la carta federal en la reforma de 1999. En el caso del Distrito Federal, el presidente era propuesto por el jefe del Ejecutivo Federal y aprobado por la Asamblea Legislativa del propio Distrito (artículo 9o. de la Ley Orgánica publicada el 23 de junio de 1993), pero posteriormente se introdujo una modificación para que la designación sea hecha directamente por la citada Asamblea.<sup>76</sup> Por tal motivo, puede afirmarse, sin exageración, que el ordenamiento mexicano regula actualmente uno de los sistemas autónomos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos de la mayor amplitud.<sup>77</sup>

## VII. CONCLUSIONES

94. De las breves reflexiones que hemos hecho anteriormente, podemos llegar a las siguientes conclusiones.

95. *Primera.* En los ochenta y tres años contados a partir de la promulgación de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1917, que actualmente se encuentra en vigor con numerosas reformas, el control de la constitucionalidad ha evolucionado de manera significativa. En el texto original aprobado por el Constituyente de Querétaro, consagra el desarrollo de esta materia a partir de las cartas federales de 1824 y 1857, se regulan cuatro garantías constitucionales, en su mayor parte inspiradas en el derecho público de los Estados Unidos. En efecto, en dicha ley fundamental se consagraron: *a)* el juicio político de responsabilidad de los altos funcionarios de la Federación y de las entidades federativas (estos últimos por violación de la carta federal), que estaban dotados de inmunidad procesal relativa, calificada como “fuero constitucional”) (artículo 111); *b)* las controversias constitucionales entre la Federación y los Estados, éstos entre sí, y los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, así como aquellos en los que la Constitución fuese parte (artículo 105); *c)* el procedimiento de investigación de la Suprema Corte de

76 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Comentarios a la la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996.

77 Cfr. Madrazo Cuéllar, Jorge, *El ombudsman criollo*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996.

Justicia, (artículo 97, párrafo tercero), y *d*) el juicio de amparo (artículos 103 y 107).

96. *Segunda.* Estos cuatro instrumentos de solución de conflictos constitucionales experimentaron varias reformas, algunas sustanciales. El juicio político fue modificado en 1982 y ahora está consagrado esencialmente en el artículo 110 constitucional; las controversias constitucionales en diciembre de 1994, que ampliaron de manera considerable su materia, pues no sólo se incluyeron a los municipios entre las entidades legitimadas para plantearlas, sino también los llamados *conflictos de atribución*, sobre la competencia constitucional de los órganos legislativos y ejecutivos tanto de la Federación como de las entidades federativas, incluyendo a los del Distrito Federal, ahora en el artículo 105, fracción I, de la carta federal; el procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia fue reformado en diciembre de 1977, con alguna modificación posterior y en la actualidad está comprendida en el artículo 97, párrafos segundo y tercero, y el juicio de amparo sufrió cambios en varias ocasiones, especialmente 1928, 1934, 1951, 1968, 1988 y 1994, y está regulado todavía por los artículos 103 y 107 constitucionales.

97. *Tercera.* Hasta enero de 1992 cuando se introdujeron los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, de los cuatro instrumentos iniciales de control constitucional establecidos en la Carta de 1917, todo el peso de la tutela de las normas constitucionales se había concentrado casi exclusivamente en el derecho de amparo, que únicamente se había introducido desde la Constitución Federal de 1857 (artículos 101 y 102), con el propósito de tutelar los derechos humanos, primero individuales en esa carta, y después de 1917 también de carácter social, y de manera indirecta las esferas de competencia de la Federación y de las entidades federativas, siempre que hubiese la afectación de la esfera jurídica de los particulares. Los otros tres instrumentos o no habían sido aplicados, como el juicio político, o lo habían sido en forma muy esporádica como las controversias constitucionales (el único fallo sobre el fondo se dictó en 1932 en el llamado caso Oaxaca) o el procedimiento de investigación del más alto tribunal del país.

98. *Cuarta.* Las reformas constitucionales a partir de 1992 reforzaron considerablemente el control de la constitucionalidad en el derecho mexicano, ya que se crearon cuatro garantías constitucionales adicionales a las ya existentes. Efectivamente, en las reformas constitucionales y legales de 1995, se introdujo una nueva institución que podemos denominar *ac-*

*ción abstracta de inconstitucionalidad*, inspirada en el derecho constitucional europeo continental, con el objeto de legitimar a las minorías legislativas, es decir, treinta y tres por ciento de sus integrantes, para impugnar las leyes aprobadas por la mayoría en la esfera federal o local, así como al procurador general de la República. Esta acción que inicialmente se prohibía para impugnar las leyes electorales, fue extendida en las reformas de agosto de 1996, pero sólo puede ser promovida por las dirigencias de los partidos políticos nacionales y locales (artículo 105, fracción II, de la carta federal). En estas mismas reformas de 1995, como se señaló en la conclusión anterior, se amplió de manera considerable la esfera de aplicación de las controversias constitucionales. En las citadas modificaciones de 1996, se consagraron dos instrumentos más: el *juicio de protección de los derechos políticos-electorales de los ciudadanos* y el *juicio de revisión constitucional electoral* (en contra de las autoridades electorales de carácter local) (artículo 99 constitucional, fracciones IV y V), los cuales se pueden promover ante el Tribunal Electoral incorporado al Poder Judicial Federal (artículo 94 constitucional). Finalmente, con anterioridad a estos últimos, en el mes de enero de 1992, se introdujeron los organismos autónomos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos inspirados en el modelo escandinavo del *ombudsman*, que han recibido el nombre de comisiones de derechos humanos. Debe tomarse en consideración la reforma constitucional más reciente, de septiembre de 1999, que tiene por objeto reafirmar y vigorizar la autonomía de la Comisión Nacional, ahora, de los Derechos Humanos, modificación que seguramente influirá en los ordenamientos locales.

99. *Quinta*. El significado actual del control constitucional en el ordenamiento mexicano se apoya en los ocho instrumentos de garantía que hemos señalado anteriormente. Con exclusión del juicio político y del procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia, que poseen escasa importancia en la realidad política de nuestro país, los otros han reforzado y vigorizado de manera considerable, no obstante que algunos son muy recientes, la función de solución de conflictos constitucionales, que por muchos años se realizó en forma limitada por el juicio de amparo. Aun cuando los resultados de estos instrumentos todavía son iniciales, salvo la intensa labor de promoción y tutela de los derechos humanos que han desarrollado las comisiones de derechos humanos, sin embargo, son positivos en cuanto a la posibilidad de encausar dichos conflictos, cuando tienen naturaleza jurídica, a soluciones de carácter jurisdiccional, que son las que



actualmente tienen preeminencia en el derecho constitucional de nuestra época, inclusive en varios ordenamientos latinoamericanos. El adelanto que se observa en esta materia es impresionante, pero todavía se requiere de un mayor avance en un futuro próximo, a fin de que en esta materia el derecho mexicano tenga los instrumentos suficientes para los desafíos del nuevo milenio que ahora se inicia.

## LA CONSTITUCIÓN Y EL PODER

Diego VALADÉS\*

SUMARIO: I. *Consideraciones generales.* II. *Coincidencias constitucionales.* III. *Consideraciones finales.* IV. *Bibliografía.*

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

Muchas son las formas de entender lo que es una Constitución. Para los efectos de este trabajo aceptaremos que la Constitución es el estatuto jurídico del poder. Desde esta perspectiva, la Constitución regula cuatro formas de relación con el poder: el derecho al poder, el derecho del poder, el derecho ante el poder y el control del poder.

El derecho al poder incluye toda la gama de libertades públicas, entre las que figuran los derechos electorales, el derecho de asociación, y la libertad de pensamiento y expresión. Por otra parte, la Constitución también contempla el derecho del poder. En este rubro figuran la forma de organización y funcionamiento de todos los órganos del Estado y los partidos políticos, cuando el sistema les atribuye funciones de relevancia constitucional específicamente en lo que concierne a participar en procesos electorales y orientar la acción de los congresos. El derecho ante el poder está integrado por la gama de garantías para los derechos de seguridad, propiedad, libertad e igualdad que toda Constitución democrática consagra. Finalmente, al control del poder conciernen los instrumentos jurídicos que permiten contener a cada uno de los órganos del poder dentro de los límites que le asigna la Constitución. Estos instrumentos corresponden por igual a la ciudadanía, a sus asociaciones representativas, y a cada uno de los órganos del poder con relación a los demás.

En las Constituciones contemporáneas se han venido desarrollando una serie de instituciones que corresponden a esas cuatro formas de regu-

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

lación constitucional del poder, y que sirven como sustento a lo que de manera genérica se denomina constitucionalismo democrático. Algunos autores ponen en duda el alcance real del poder del pueblo, que suele ser invocado como el elemento definitorio de una democracia,<sup>1</sup> por ejemplo, señala que el poder nunca está en manos de lo que genéricamente se denomina pueblo, sino de los gobiernos. En realidad la titularidad del poder por el pueblo es el dogma a partir del cual se puede construir un sistema de libertades; cuando se ponen en duda o se niega la posibilidad de que el pueblo sea titular del poder, así sea como un mero constructo, se diluye también la de reconocer y garantizar las libertades individuales y colectivas. Si el poder del pueblo no es un fenómeno directamente constatable, sí lo es en cambio la consecuencia de que se reconozca o no ese poder: se traduce en la existencia o inexistencia de un sistema de libertades.

Este trabajo no pretende, desde luego, agotar el amplio tema de la regulación constitucional del poder. Se presentan aquí, tan sólo, algunas de las expresiones constitucionales que conciernen a las cuatro variantes de esa regulación que fueron mencionadas más arriba.

Para examinar esa gama de relaciones entre la Constitución y el poder, adoptaré un sistema comparativo que permita identificar las soluciones adoptadas por el constitucionalismo iberoamericano de las últimas dos décadas. Debe tenerse en cuenta que los diversos sistemas constitucionales están en permanente relación sinérgica. Ya no es posible hablar de un constitucionalismo originario y de otro derivado, porque las innovaciones tienden a confundirse con las adopciones de instituciones que funcionan en otros ámbitos. Tampoco se debe ni puede hablar de copias o traslaciones de un sistema al otro.

Lo que si se puede observar es que la proximidad cultural de las sociedades donde se van construyendo los sistemas constitucionales, y hasta la facilidad de los contactos, tienden a propiciar las semejanzas institucionales, cuando se dan también procesos históricos semejantes. En este sentido, para nuestro análisis es relevante el hecho de que el surgimiento de las democracias en Iberoamérica se produjo de manera más o menos coincidente en el tiempo. Esto explica que también se adviertan numerosas coincidencias en las definiciones concernientes a la regulación del poder.

Ese fenómeno es particularmente llamativo si se tienen en cuenta algunas diferencias en cuanto a los sistemas políticos. La más conspicua de

1 Popper, Karl R., *All life is problem solving*, Londres, Routledge, 1999, p. 93.

esas diferencias se producen entre el sistema parlamentario español y los sistemas presidenciales latinoamericanos. Me interesa subrayar las coincidencias institucionales que se presentan entre ambos sistemas, porque estoy convencido de que los contrastes entre ellos tienden a ser progresivamente menores. Por esta razón aludiré a las semejanzas que me interesa destacar. Los sistemas constitucionales democráticos tienden a ser cada vez más parecidos, y esto es lo que me interesa demostrar.

Las Constituciones españolas de 1834, 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931, carecieron de repercusión en Iberoamérica. Las motivaciones españolas y las iberoamericanas marchaban por caminos diferentes. Tampoco en el hemisferio americano hubo homogeneidad en los proyectos constitucionales, si bien las disyuntivas resultaban semejantes, especialmente en cuanto a la organización federal o unitaria. El penoso surgimiento del sistema presidencial, acompañado de incesantes y prolongados episodios dictatoriales, fue definiendo un perfil ajeno a las preocupaciones de una monarquía parlamentaria dominante en España.

En cuanto a la Constitución española de 1978, se plantea la duda de sus posibles efectos paradigmáticos con relación al constitucionalismo iberoamericano. ¿Es posible que la Constitución de una monarquía parlamentaria influya en sistemas republicanos presidenciales? Desde luego que sí existe esa posibilidad, en tanto que en ambas formas de organización constitucional existe una preocupación común: la democracia. También es posible que las convergencias a veces sean deliberadas, pero en ocasiones no pasan de meras coincidencias.

La Constitución española de 1978, parlamentaria y monárquica, se reconoce tributaria de las Constituciones alemana e italiana, de naturaleza parlamentaria y republicana, de la francesa, de estructura cuasipresidencial, y de la propia española de 1931, republicana. Los debates de los Constituyentes dejan ver claras referencias a esos órdenes normativos, lo que de ninguna manera significa que el nuevo texto español carezca de aspectos originales. Ocurre, sin embargo, que los Constituyentes iberoamericanos recientes también han estado expuestos al influjo de las mismas Constituciones que tuvieron en mente los Constituyentes españoles, además de la portuguesa de 1976, parlamentaria y republicana, cuyas virtudes técnicas son ampliamente reconocidas.

De los dieciocho países iberoamericanos que practican el constitucionalismo democrático, doce han adoptado Constituciones enteramente nuevas entre 1980 y 1999. En esta situación están Argentina (1994), Bra-

sil (1988), Colombia (1991), Chile (1980), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), Nicaragua (1995), Panamá (1994), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999). Otras Constituciones, como es el caso de la boliviana, la costarricense, la ecuatoriana, la mexicana y la uruguaya, por ejemplo, han sido objeto de importantes reformas, e incluso algunas de las adoptadas en ese periodo de quince años han experimentado ya algunas modificaciones, como ocurrió en 1993 con la de Guatemala, y entre 1984 y 1991 con la hondureña.

Como se puede apreciar, el ritmo del constitucionalismo iberoamericano ha sido muy dinámico. Una de las razones para que haya ocurrido así ha sido el tránsito de regímenes militares a sistemas democráticos estables. Eso explica que entre los cinco países que no han modificado sus Constituciones figuren Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay. En este país la vigencia de la Constitución democrática de 1967 fue interrumpida temporalmente por un gobierno militar, pero quedó restablecida a partir de 1985. En el caso de Venezuela, su Constitución de 1961 coincide con la conclusión de los regímenes de facto y el restablecimiento de la democracia y la de 1999 con una crisis política de gran escala, que se caracterizó, entre otras cosas, por la derrota electoral de los partidos tradicionales. Otro tanto sucedió en la República Dominicana en 1962, a raíz del asesinato del dictador Rafael L. Trujillo. En Ecuador el tránsito de la dictadura militar a la democracia se inicia en 1976 y culmina en 1978, con la adopción de la actual Constitución, luego reformada en 1984.

En esas circunstancias, este ensayo examinará algunas de las convergencias entre el sistema constitucional español y los rasgos comunes que presenta el nuevo constitucionalismo iberoamericano. No es posible afirmar, en todos los casos, un nexo de causalidad entre el primero y los segundos; muchas ideas pertenecen ya al patrimonio del constitucionalismo democrático de nuestro tiempo. Sin embargo, sí es posible asegurar que en todos los congresos constituyentes iberoamericanos ha estado presente el ejemplo español, aunque su grado de influencia haya variado en cada caso.

Como se comentará adelante, la Constitución española de 1978 ha sido examinada desde una doble perspectiva en Iberoamérica: por su contenido y por su forma de elaboración. Con relación al primer aspecto, veremos la similitud que presentan algunos derechos e instituciones incluidos en las nuevas Constituciones, y a propósito del procedimiento seguido para elaborar la Constitución española, aludiremos a los procesos

pactistas adoptados en Iberoamérica, que condujeron a las nuevas Constituciones democráticas y que inspiran algunos planteamientos de renovación, como es el caso de México.

## II. COINCIDENCIAS CONSTITUCIONALES

### 1. *En cuanto al procedimiento de adopción*

El punto de arranque de la nueva Constitución española estuvo representado por los pactos de la Moncloa. Si bien estos acuerdos significaron una innovación importante en la vida política de España, la tendencia pactista tenía ya antecedentes relevantes en Iberoamérica.

El caso español, no obstante, ha tenido una trascendencia paradigmática en el hemisferio americano, en tanto que demostró la posibilidad de transitar sin violencia de una dictadura a una democracia. Desde luego, los acuerdos de la Moncloa, que despejaron el camino hacia una nueva Constitución, fueron suscritos en circunstancias propicias para el cambio: no había propiamente un enfrentamiento entre el grupo político que ejercía el poder y los demás partidos; se contaba con el liderazgo, políticamente neutral, del monarca; operaba con eficiencia una maquinaria burocrática que garantizaba, además, neutralidad política; habían aparecido medios de comunicación que apoyaban el proceso de convivencia y de acuerdos; y la primera fase de la transición, significada por la presencia de un nuevo jefe de Estado, se había llevado a cabo a satisfacción, incluso, de los grupos y partidos que sostenían históricamente la bandera de la República.

En el caso iberoamericano no siempre han estado presentes todos esos factores que posibilitan el éxito de los acuerdos. Sin embargo, sí ha existido una decisión constructiva que se ha proyectado, asimismo, al ámbito constitucional. En todo caso, al igual que en España, los consensos han permitido superar discrepancias de fondo, pero han dado como resultado textos no siempre caracterizados por su rigor sistemático.

Aunque la solución de los conflictos en la fase de elaboración constitucional resulta recomendable, porque evita enfrentamientos mayores, también es cierto que a veces deja implantadas en las instituciones los gérmenes de discrepancias que, andando el tiempo, comienzan a operar como elementos que entorpecen el funcionamiento normal de las instituciones. Esto sucede, sobre todo, cuando se adoptan cualquiera de dos de-

cisiones, o ambas: superar en apariencia las discrepancias, dejando su solución en manos del legislador ordinario para que las resuelva mediante ley, y llenar la Constitución de instituciones de supervisión y control excesivas, que después entorpecen el ejercicio normal del poder.

La facultad cuasiconstituyente transferida al legislador ordinario para que desarrolle aspectos que la Constitución sólo enuncia en términos generales presenta algunos inconvenientes. El más significativo es que al lado de una Constitución, sólo reformable mediante un procedimiento legislativo dificultado, surjan normas de naturaleza también constitucional cuyo procedimiento de elaboración y reforma es más flexible.

Sin embargo, si desde un punto de vista la rigidez constitucional contribuye a la certidumbre de las relaciones sociales y es el eje mismo de la supremacía constitucional,<sup>2</sup> desde otra perspectiva la flexibilidad que permite la adecuación de normas básicas a través de leyes ordinarias es considerada también un elemento valioso para la estabilidad institucional. Por otra parte, la regulación de diversos aspectos constitucionales mediante ley evita el excesivo casuismo de las normas fundamentales, lo que también supone ventajas en cuanto a la estabilidad del propio texto de las Constituciones. Existe una mayor propensión a la fluidez de los textos casuistas, y a la permanencia de las disposiciones de mayor grado de generalidad.

No entraré aquí en el debate de esa cuestión; aludo a ella sólo para advertir que si bien existen textos constitucionales que presentan semejanzas, su desarrollo legislativo, y por supuesto su proceso interpretativo, las puede llevar por rumbos totalmente diferentes. Por ahora se trata, en el mayor número de casos, de textos recientes, por lo que no se advierte aún que se vayan despegando de manera ostensible; pero lo natural será que acabe prevaleciendo la adaptación cultural de las normas, de suerte que con el tiempo las instituciones reguladas irán ofreciendo perfiles distintos progresivamente más acentuados.

Los procesos de negociación preconstitucional tienen una amplia tradición en América Latina. El primer gran ejemplo contemporáneo se registra en un acuerdo entre los partidos Conservador y Liberal de Colombia, ratificado mediante plebiscito, en 1957. En esencia el pacto consistía en la “eliminación de la lucha de partidos por el *control presupuestal* y

2 Vega, Pedro de, “La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente”, *Temas clave de la Constitución española*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 69.

*burocrático del Estado*”, la alternación en la presidencia a partir de 1959, la integración del gabinete con igual número de miembros por partido, y la paridad de las asambleas, concejos y congresos durante los siguientes dieciséis años.<sup>3</sup> El más reciente proceso de negociación fue el llevado a cabo con los grupos guerrilleros, en 1989, como consecuencia del cual fue posible elaborar la Constitución de 1991.

En Ecuador se siguió otro procedimiento para alcanzar el consenso: en 1976 la dictadura militar designó dos comisiones de juristas cuyos proyectos fueron sometidos a referéndum. Lo original consistió en que el electorado no tenía la facultad de votar a favor o en contra de un proyecto, sino sólo en la posibilidad de optar entre uno u otro texto.

En una circunstancia distinta se fue elaborando el texto actual de la Constitución salvadoreña. La Carta de 1983 fue reformada, merced a los acuerdos de paz con el Frente Farabundo Martí, en 1991. Esos acuerdos comprendían las modificaciones a la Constitución.

Otras negociaciones previas a la elaboración constitucional se produjeron en Panamá; en Venezuela, con motivo de la anterior Constitución de 1961 (Pacto de Punto Fijo, de 1958), y entre las más recientes, en Argentina, con el Pacto de Olivos de 1993. Este último fue el resultado de un difícil acuerdo entre Raúl Alfonsín y Carlos Menem, iniciado durante la presidencia del primero y concluido durante la del segundo. Las tensiones políticas y los intereses de los partidos fueron marcando el rumbo de la negociación en cuya fase final el Partido Radical de Alfonsín aceptó la reelección presidencial a cambio de que el partido peronista de Menem transigiera en la adopción de algunas medidas de corte cuasiparlamentario, como la figura del jefe de gabinete, entre otros aspectos.<sup>4</sup>

En otros casos el proceso de acuerdo no se ha dado en la fase previa a la formulación del texto constitucional, sino durante el desarrollo de las deliberaciones. Sin acuerdos no hubiera sido posible, por ejemplo, llegar al texto constitucional de Guatemala de 1985, en virtud de la gran fragmentación de la asamblea constituyente.<sup>5</sup>

Se registran, asimismo, casos en que la transición constitucional es objeto de un pacto que excluye a quienes ejercen el poder. Así ocurrió,

3 Sáchica, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Santa Fe de Bogotá, Temis, p. 23.

4 Alfonsín, Raúl, *Democracia y consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Editorial Sociedad Impresora Americana, 1996, pp. 252 y ss.; 324 y ss.

5 García Laguardia, Jorge Mario, *Política y Constitución en Guatemala, La Constitución de 1985*, 3a. ed., Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, 1995, p. 46.



por ejemplo, en Brasil<sup>6</sup> ha demostrado que el verdadero pacto fue el llevado a la práctica por un amplio frente político, “que iba de la izquierda a la derecha”, adverso a los militares en el gobierno. De ese entendimiento entre las fuerzas políticas de diversos signos ideológicos surgió el proceso de constitucionalización de Brasil.

En cuanto a México, se vive todavía un proceso inconcluso de negociación constitucional en el que por una parte se plantea convocar a un nuevo constituyente, y por otra se sustenta que una reforma profunda de la actual Constitución puede satisfacer las exigencias de la consolidación constitucional democrática.

En todo caso, es necesario advertir que una cosa es la reforma, incluso completa de la Constitución, y otra la convocatoria a un Congreso Constituyente. De llegarse a producir esa convocatoria estaríamos asistiendo a la ruptura del orden constitucional. Al invitar a la ciudadanía a votar en ese sentido se estaría auspiciando el desconocimiento de la Constitución y la invalidación del Congreso constitucionalmente elegido.

Es necesario diferenciar entre una nueva Constitución y un Congreso Constituyente. Conforme al artículo 135 constitucional, nuestra norma suprema puede ser adicionada o reformada. La amplitud de esa reforma no está limitada por la propia Constitución, de suerte que es el criterio interpretativo el que determina hasta dónde puede llegar una reforma. He manifestado que no es conveniente adoptar una nueva Constitución, y en cambio sí debemos hacer profundas modificaciones a la actual; en todo caso, es posible interpretar que la Constitución puede ser reformada por completo sin que este hecho signifique, por sí solo, que se ha roto el orden constitucional.

Pero una cosa es que el Congreso y las legislaturas de los estados cambien radicalmente la Constitución, y otra que el presidente desconozca al Congreso de la Unión y a las legislaturas estatales y convoque a la elección de un Congreso Constituyente. Para decirlo sin eufemismos, eso sería un golpe de Estado, así sea “legitimado” por una elección mayoritaria. Los ejemplos más recientes y cercanos son los ofrecidos por los presidentes Alberto Fujimori y Hugo Chávez.

Es verdad que la Constitución mexicana señala (artículo 39) que el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de “alterar o modifi-

6 Lamounier, Bolívar (organizador de la ed.), *Brasil & África do Sul. Uma comparação*, São Paulo, Editora Summaré/IDESP, CPS, FGD, 1996, pp. 46 y ss.

car su forma de gobierno”, pero ocurre que cuando el pueblo actúa en ese sentido, debe hacerlo conforme al procedimiento que la misma Constitución establece. De otra manera nos encontraríamos ante una situación *de facto*, incompatible con el sistema constitucional democrático que deseamos consolidar, y se podrían desencadenar situaciones contrarias al proceso histórico que vivimos.

En el caso de Perú se suele hablar de que el presidente perpetró un “autogolpe”. Algunos juristas incurrir en el error de calificar así la decisión de disolver el Congreso y convocar a un Constituyente. En realidad no fue “autogolpe”, sino lisa y llanamente un golpe de Estado. La figura del “autogolpe” no existe. Lo que ocurre es que se había llegado a considerar que los cuartelazos eran golpes de Estado, cuando en realidad no eran sino rebeliones militares. El golpe de Estado consiste en el desconocimiento de la Constitución por parte de un órgano constitucionalmente establecido. Un presidente elegido conforme a la Constitución no puede invocar una votación, así sea abrumadoramente mayoritaria, para desconocer el orden constitucional. Si lo hace habrá dado un golpe de Estado.

Los Congresos Constituyentes tienen dos tiempos históricos: se presentan en los momentos fundacionales de un sistema, con motivo de una revolución o de la formación de un país independiente, o funcionan cuando las instituciones han dejado de existir. Así surgieron nuestra actual Constitución y las que tuvimos durante el siglo XIX; así apareció la Constitución americana y a una revolución se deben igualmente las de Nicaragua y Portugal, por sólo mencionar dos casos recientes. Debido a los cambios operados en Europa a partir de 1989 hemos visto también la presencia de numerosos Congresos Constituyentes; otro tanto ha ocurrido con motivo de los procesos de descolonización en África y Asia en seguida de la posguerra. También se han registrado numerosos Congresos Constituyentes en América Latina, a la salida de los gobiernos militares. Así ha ocurrido en Chile, en Ecuador, en Brasil y en Venezuela, solo mencionar unos ejemplos.

El caso del Congreso Constituyente colombiano de 1991 es atípico. Se procedió contra lo dispuesto por la Constitución para su reforma, utilizando como argumento un fuerte movimiento estudiantil y la prolongada presencia de grupos guerrilleros. Como ya se ha dicho, la convocatoria a un Constituyente operó como una especie de plebiscito legitimador del gobierno. En cuanto a la reforma (en la práctica se trató de una nueva Constitución) argentina de 1994, la propia Constitución de 1853 preveía que para ser modificada se tendría que convocar expresamente una Con-

vención. La nueva Constitución argentina fue el resultado de un pacto entre los dos partidos con mayor captación de votos en ese país, pero en todo caso se respetaron las formalidades de reforma previstas en el texto modificado.

En el caso de Portugal (1976) se trató de un acto fundacional, que siguió a la Revolución de los Claveles. Antes de convocar a las elecciones del Constituyente, empero, los partidos más representativos suscribieron la “Plataforma de Acuerdo Constitucional”. En Italia había ocurrido algo semejante: a la caída de Mussolini, durante el gobierno de transición de Bonomi, los seis partidos que integraban el comité de liberación nacional acordaron convocar a una Asamblea Constituyente, a la que se debe la actual norma suprema de 1947. En el caso de Alemania, la Asamblea Constituyente fue resultado de los Acuerdos de Frankfurt, suscritos por los poderes de ocupación en 1948.

En cuanto a Francia, su actual Constitución de 1958 no fue aprobada por ningún Congreso Constituyente, sino adoptada mediante referéndum, aplicando literalmente el procedimiento de reforma previsto por el artículo 90 de la anterior Constitución de 1946. No hubo, por ende, violación procesal alguna. Y el caso de España es todavía más significativo: las Cortes ordinarias elaboraron el texto de la actual Constitución de 1978, y el Rey lo sometió a referéndum. Se trataba, en este caso, de una prudente ruptura con el franquismo, pero aun así guardando las formalidades legales.

El referéndum como procedimiento de reforma constitucional estaba previsto por las leyes fundamentales franquistas, de manera que su aplicación en 1978 resultó muy ortodoxa. Por otra parte, la elección de las Cortes ordinarias, con facultades de constituyentes, introdujo una gran complejidad en el proceso de elaboración de la Constitución, porque el proyecto primero se discutió y aprobó en el Congreso de los Diputados y luego fue sometido al Senado. Cuando ambas cámaras lo aprobaron, cada una por separado, fue convocado el referéndum para la ratificación popular del texto.

Como se ve, los trámites constituyentes admiten muchas opciones, pero en todo caso hay una constante: ahí donde no se ha producido una ruptura debida a una revolución, una guerra o un cambio total de sistema, la reforma constitucional, incluso el cambio de Constitución, por lo general se lleva a cabo respetando lo preceptuado por el ordenamiento que va a ser modificado o sustituido.

En términos generales, el proceso de articulación de acuerdos constitucionales en América Latina, tiene un punto de contacto con el español: transitar de sistemas dictatoriales, como los militaristas, o autoritarios, como el mexicano, a sistemas democráticos. Empero, la negociación constitucional en América también ha permitido superar otros dos problemas que España no tuvo que enfrentar: la violencia social, como ocurrió en Colombia, El Salvador y Guatemala, por ejemplo; y las crisis económicas que afectaron prácticamente a todo el hemisferio en la década de los ochenta.

## 2. *En cuanto al contenido*

### A. *Derechos*

1o. *Iniciativa popular*. De acuerdo con la Constitución española (artículo 87.3), la iniciativa popular para la presentación de leyes procede cuando, con arreglo a la ley, se reúne un mínimo de quinientas mil firmas acreditadas. Esa iniciativa no es admitida por la Constitución en materias propias de leyes orgánicas, tributarias o de carácter internacional, ni en lo concerniente a la prerrogativa de gracia. Con excepción del número, justificadamente fijado en cinco mil firmas, la Constitución nicaragüense (artículo 140.4) acoge literalmente el texto español. En Guatemala la Constitución (artículo 277) fija igualmente un mínimo de cinco mil ciudadanos para ejercer la iniciativa.

Con relación a este derecho cívico, la Constitución argentina (artículo 39) coincide en cuanto a señalar como improcedente la iniciativa en materia internacional, tributaria y penal. Agrega, con relación a la española, la materia penal en general y amplía la limitación excluyendo de la iniciativa las reformas constitucionales.

La Constitución brasileña (artículo 61) prevé que la iniciativa popular pueda ser ejercida, como mínimo, por el uno por ciento de los electores, distribuidos en cuando menos cinco estados y con la participación de tres décimos por ciento en cada uno de ellos. Aunque no fija límites expresos para la iniciativa, sí atribuye al presidente de la República la exclusividad para presentar iniciativas relativas a las fuerzas armadas, a cuestiones tributarias y a la organización de los servicios de justicia, de seguridad y de la administración pública.

En el caso colombiano (artículo 155) la iniciativa debe ser ejercida por un mínimo del cinco por ciento del censo electoral, pero no incluye ninguna materia reservada. Otro tanto ocurre en Ecuador (artículo 88), donde no se fija límite en cuanto al número de ciudadanos requerido para formular la iniciativa. Este mismo sistema abierto es el adoptado por las Constituciones de Paraguay (artículos 123 y 203) y de Perú (artículo 107), aunque en este caso corresponde a la ley determinar los requisitos y las materias susceptibles de iniciativa popular. En Venezuela (artículo 204) el derecho de iniciativa también queda abierto a cualquier materia, y se fija un mínimo muy bajo para ejercerlo: el punto uno por ciento de los electores.

La iniciativa popular, en España y en Iberoamérica, no deja de ser una institución de dudosa utilidad. Su inclusión tiene más en motivaciones de oportunidad política que de pertinencia democrática. Aunque su apariencia sea la de un instrumento que facilita la expresión colectiva de la sociedad, en efecto su aplicación revela la escasa importancia real que tiene.

Para que la iniciativa popular pudiera adquirir una trascendencia institucional significativa tendrían que darse cualquiera de dos situaciones: que los partidos políticos dejaran de operar como las instancias de enlace entre la ciudadanía y los órganos del poder, o que los órganos del poder perdieran su naturaleza representativa. Cabe la posibilidad de que algunos partidos, sobre todo los de menor nivel de representatividad electoral, puedan hacer uso de la iniciativa popular, para conseguir así efectos de opinión pública que de otra manera no alcanzarían. En este caso, la iniciativa popular cumpliría la función de magnificar la voz de las agrupaciones políticas de bajo perfil electoral. Fuera de esos casos, lo que de manera normal sucede es que las organizaciones políticas con mayor expresión parlamentaria o congresual no recurren a ese instrumento, sino que sustentan directamente sus iniciativas ante el órgano legislativo.

El surgimiento de la iniciativa popular corresponde a una época de desconfianza en las instituciones públicas, en que las organizaciones ciudadanas han ido ocupando gradualmente un mayor espacio en el ámbito político. Muchos partidos políticos han entendido que les resulta conveniente hacer suyas esas posiciones, a pesar de la contradicción que esa decisión representa. En el orden institucional, la iniciativa popular, como el referéndum legislativo al que adelante aludiremos, suponen cuestionar el sistema representativo.

Varias de las modalidades de la llamada democracia participativa, que no son otra cosa que la vieja democracia directa, han venido insertándose, como en los casos aquí referidos, en las democracias constitucionales de naturaleza representativa. La magnitud de sus efectos no es tal que pueda considerarse todavía una amenaza para el sistema representativo, pero en todo caso su presencia sí entraña una contradicción que se explica, en buena medida, por el origen consensual de las Constituciones elaboradas con motivo de transiciones políticas.

2o. *Referéndum y plebiscito.* La Constitución española contiene una triple regulación del referéndum. Por un lado la que aparece en el artículo 92.1, de naturaleza política, y por otra las modalidades de carácter constitucional, referidas al ámbito autonómico (artículo 151.2) y al ámbito nacional (artículos 167.3 y 168.3). De esas tres posibilidades de referéndum, la que menor acogida ha tenido en los sistemas constitucionales iberoamericanos es la de naturaleza legislativa y política.

El artículo 92 de la Constitución española presenta una redacción equívoca, porque si bien la disposición alude a que se someterán a consulta popular “decisiones políticas”, en cuyo caso habría que hablar de plebiscito, como se sustentó durante el proceso constituyente,<sup>7</sup> se conservó la expresión “referéndum” por ser la que contenía el proyecto de Constitución. Esto explica que el precepto aparezca en el capítulo que rige la elaboración de las leyes. Cabe asimismo suponer que los constituyentes entendieron las decisiones políticas en un sentido amplio que, por ende, incluye las que se toman en materia normativa.

La Constitución guatemalteca (artículo 173) tomó literalmente de la española la expresión “las decisiones políticas de especial trascendencia”, pero transformó el potestativo “podrán ser sometidas a referéndum”, por el obligatorio “deberán ser sometidas a procedimiento consultivo”. Así, esta Constitución si bien alude técnicamente a un plebiscito y no a un referéndum, le da un carácter obligatorio difícil de cumplir. Modalidades restrictivas del plebiscito aparecen en la Constitución mexicana (artículo 26), referido a la planificación indicativa, y de Colombia (artículo 79) relativo a la protección del ambiente.

Por su parte la Constitución argentina (artículo 40) sólo prevé el referéndum legislativo, y para atenuar parcialmente los efectos adversos al

7 Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 205 y ss.

sistema representativo, dispone que únicamente la Cámara de Diputados podrá convocar a referéndum, cuyos resultados serán obligatorios y la ley resultante será promulgada de manera “automática”. El presidente, por su parte, también podrá convocar a referéndos, pero en este caso el voto no será obligatorio ni los resultados vinculantes. El caso paraguayo (artículo 121) es más ambiguo, porque reserva a la ley determinar cuando el referéndum será vinculante o no.

La Constitución venezolana lleva el referéndum a la mayor expresión en el constitucionalismo contemporáneo (artículos 70 a 74). Incluye el referéndum consultivo nacional, que realmente es una modalidad de plebiscito, que puede ser convocado por el presidente, por la Asamblea Nacional o por el diez por ciento de los electores. En los ámbitos estatal y municipal existe la misma posibilidad de convocar referendos (plebiscitos). Además, se prevé el referéndum revocatorio con relación a todos los cargos de elección popular, si bien en este caso la solicitud debe provenir de un veinte por ciento de los electores, y para que surta efectos debe aprobarlo un número igual o mayor al que hubiera elegido al funcionario. También los cuerpos colegiados (entre ellos la Asamblea), son revocables. En este caso la Constitución remite a los términos que establezca la ley; todavía no ha sido decretada.

La gama de referendos en Venezuela incluye la aprobación de tratados, la aprobación y abrogación de leyes, y la abrogación de decretos-leyes. Se exceptúan del referéndum abrogatorio las disposiciones de carácter fiscal. En realidad, por los requisitos de procedencia en cuanto a la convocatoria (oscila entre el cinco y el veinticinco por ciento de los electores, según el caso) y de quórum (un cuarenta por ciento de los electores), estos referéndos tienen el aspecto de normas insusceptibles de ser aplicadas.

Como se puede apreciar, el referéndum legislativo no ha sido una institución jurídica que haya tenido muy amplia acogida en el constitucionalismo iberoamericano. A pesar de que la iniciativa popular ha contado con mayores simpatías, en el caso del referéndum legislativo se ha producido una mayor reticencia, en buena medida para no erosionar la capacidad decisoria de los órganos legislativos del poder. Es probable que se haya tenido en cuenta que los referendos han sido frecuentemente utilizados para deteriorar o incluso ignorar las decisiones de los legisladores.

La práctica del referéndum entraña considerables riesgos. Si se utiliza como una forma no vinculante de consulta popular, en realidad se está subestimando la capacidad decisoria de la ciudadanía, porque una vez co-

nocido su parecer se puede o no tomar en cuenta; si por el contrario la decisión popular adquiere carácter vinculante por disposición constitucional, puede llegarse a producir una quiebra de la propia Constitución si lo que se propone a la decisión popular no ha pasado por un control previo de constitucionalidad. Así, una ley sometida a referéndum podría contener normas inconstitucionales, pero aprobadas por la pluralidad del pueblo.

El riesgo de que deliberadamente se someta a la decisión ciudadana un proyecto viciado de inconstitucionalidad, hace que este instrumento sea poco funcional para un sistema democrático. Si los órganos encargados de determinar la constitucionalidad de las leyes se tuvieran que pronunciar en sentido adverso a una norma aprobada mediante referéndum, se desencadenaría un conflicto de naturaleza política de gran magnitud que haría peligrar el Estado de derecho. La única vía de soslayar esa posibilidad sería el control previo de constitucionalidad de los proyectos sometidos a referéndum, pero ningún sistema constitucional iberoamericano que admite el referéndum legislativo prevé un tipo de control de esa naturaleza.

El caso del referéndum constitucional es diferente. En este caso no se podría hablar de reformas constitucionales contrarias a la Constitución, porque justamente de lo que se trataría sería de una reforma a la Constitución misma. Cabría, no obstante, la posibilidad de que las reformas aprobadas pudieran ser contradictorias con otras de la propia norma suprema, lo cual en todo caso daría problemas de interpretación y aplicación, pero no presentaría el riesgo de enfrentar a los tribunales constitucionales con la opinión mayoritaria de la ciudadanía.

Por tal razón, esta variante de referéndum ha tenido amplia acogida en las más recientes Constituciones de Iberoamérica, e incluso ha dado lugar a modificaciones en algunas de las anteriores a 1978. Las formas incorporadas, sin embargo, son múltiples. El caso de Brasil es singular, porque si bien el artículo 60, que prescribe los requisitos para la reforma constitucional, no contempla la posibilidad del referéndum, el transitorio segundo alude a la convocatoria del plebiscito, que se llevó a cabo en septiembre de 1993, para determinar si Brasil adoptaba la forma de gobierno monárquica constitucional o conservaba la republicana, y en este caso, si mantenía el sistema presidencial u optaba por el parlamentario.

El referéndum constitucional aparece en las Constituciones de Colombia (artículos 374, 376-379), Chile (artículo 117), Ecuador (artículos 57 y 181), Guatemala (artículos 173 y 280), Panamá (artículo 308), Para-



guay (artículo 290), Perú (artículo 206), Uruguay, mediante reforma de 1989 (artículo 331) y Venezuela (artículo 344). Como se puede ver, nueve Constituciones consagran el referéndum constitucional, y una más, la brasileña, aun cuando no lo incluye, ha sido definida mediante una consulta plebiscitaria. En este caso, lo llamativo consistió en que la convocatoria a la consulta popular quedó establecida en la propia Constitución, como resultado del acuerdo político entre las fuerzas que negociaron y convinieron el contenido de la norma suprema en 1988.

A pesar de coincidir en la inclusión del referéndum constitucional, prácticamente todas las formas consignadas son diferentes. Esto demuestra la versatilidad que esta institución ofrece. En Colombia, por ejemplo, el referéndum no es complementario de la acción congresual, sino que representa una disyuntiva. La Constitución puede ser reformada por el Congreso, o por una Asamblea Constituyente, o directamente por el pueblo mediante referéndum. En este caso la Constitución permite, además, que el electorado se pronuncie por cada uno de los artículos, pudiendo aprobar unos y rechazar otros.

Para que surta efectos, en el referéndum deberá participar cuando menos una cuarta parte del electorado, y en cada caso triunfará la decisión que cuente con el apoyo de más de la mitad de los sufragantes. En Venezuela se permite votar por separado hasta una tercera parte de la reforma. Este sistema puede dar lugar a graves contradicciones, pues al permitir que el electorado apruebe o rechace parcialmente el articulado constitucional, deja abierta la posibilidad de que el resultado de la consulta no permita organizar un texto coherente.

En Chile, cuya Constitución también fue aprobada mediante referéndum en septiembre de 1980, se admite el veto presidencial total o parcial a las reformas constitucionales que apruebe el Congreso, y si éste supera el veto, también de manera total o parcial, mediante una mayoría calificada de dos tercios de cada cámara, el presidente tiene el recurso adicional de convocar a la ciudadanía para que se pronuncie. En este caso el electorado actúa, en la realidad, para dirimir un conflicto entre órganos del poder, más que como cuerpo legislativo supremo. Este mismo procedimiento fue seguido por la Constitución ecuatoriana (artículos 57 y 181).

El referéndum es obligatorio en todos los casos de reforma constitucional en Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En Panamá sólo es obligatorio el referéndum cuando la Asamblea Legislativa elegida para revisar la reforma adoptada por la Asamblea previa, introduzca mo-

dificaciones al proyecto original. De no producirse discrepancias entre la Asamblea de origen y la de revisión, no se convoca a referéndum.

Cuando el referéndum constitucional funciona para permitir que el electorado actúe como órgano legislativo supremo, se está aplicando la idea esencial del contractualismo rousseauiano, que es la ruta seguida por la Constitución española y por la mayoría de las iberoamericanas que han adoptado esa modalidad; empero, como hemos visto, también existen otras fórmulas que sólo permiten la utilización de la consulta popular para superar discrepancias entre los titulares de los órganos del poder. En este caso la consulta a la ciudadanía (al soberano, en términos de Rousseau) sólo se produce si los agentes del poder no llegan a acuerdos. El pactismo, en tales circunstancias, adquiere una dimensión antidemocrática, porque el acuerdo entre los agentes políticos se substrahe a la ratificación de los ciudadanos.

3o. *Ambiente*. La defensa constitucional del ambiente, así como otros derechos a los que se identifica como la tercera generación de los derechos humanos,<sup>8</sup> forman un capítulo central en el constitucionalismo iberoamericano. El artículo 45 de la Constitución española incluye una amplia referencia al medio ambiente, que comprende: *a*) el derecho a disfrutar de un ambiente sano; *b*) el deber individual, social e institucional de conservarlo, y *c*) la garantía de ese derecho. En términos análogos se pronuncian las normas básicas de Argentina (artículo 41), Colombia (artículos 49 y 79), Chile (artículo 19.8), Ecuador (artículos 22.2 y 44), Guatemala (artículo 97), Nicaragua (artículo 60) y Panamá (artículos 114 y ss.). En Paraguay (artículos 7o. y 8o.), Brasil (artículo 225) y Venezuela (artículos 127 y ss.), además de los tres elementos antes apuntados, las Constituciones agregan la regulación de material genético.

En México, una reforma de 1987 (artículo 27) establece apenas una discreta facultad para que, mediante ley, se adopten las medidas para “preservar y restaurar el equilibrio ecológico”, así como en Perú (artículo 67) sólo se faculta al Estado para determinar “la política nacional del ambiente”.

Con las disposiciones relativas al ambiente, las Constituciones atienden a un problema central de la vida del Estado moderno. Se trata de una materia cuya normación internacional va en aumento, porque el deterioro

8 Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 137 y ss.

ambiental tiene efectos más allá del ámbito territorial nacional. Esta materia es objeto de tratados, pero ello no excluye que, como ratificación de una decisión soberana, los Estados la incorporen en sus textos constitucionales.

4o. *Salud*. Directamente vinculada con la protección del ambiente, está la que respecta a la salud. Acertadamente, la Constitución española (artículo 43) consigna el “derecho a la protección de la salud”, que por su parte también recogen los textos de Colombia (artículo 49), Chile (artículo 19.9), El Salvador (artículo 65), Honduras (artículo 145), México (artículo 4o., reformado en 1982), Panamá (artículos 102 y ss.), Paraguay (artículo 68), Perú (artículos 7o., 8o. y 11).

El concepto básico de protección de la salud incluye las medidas de promoción y restauración de la salud, que algunas Constituciones mencionadas también enuncian de manera expresa. En cambio, una lectura equivocada del precepto español llevó a que se hablara no del derecho a la protección de la salud, como prestación susceptible de ser efectivamente proporcionada y exigida, sino directamente de “derecho a la salud”, que hace imprecisa su garantía. Así ocurre en los casos de Nicaragua (artículo 59), Guatemala (artículo 93) y Venezuela (artículo 84). Brasil (artículo 196) y Ecuador (artículo 249), en cambio, abordan el problema de la salud en un contexto más amplio: el nivel de vida de los habitantes. Contraen una responsabilidad mayor, cuya garantía depende de los recursos aplicados por el Estado en materia de desarrollo social, pero en todo caso no incurrir en la abstracción de garantizar el “derecho a la salud” ni se quedan en el sólo compromiso de asegurar su protección.

5o. *Infancia, juventud, tercera edad y disminuidos*. Entre los sectores más vulnerables de la sociedad se encuentran los menores, los jóvenes, los ancianos y los físicamente disminuidos. Es una paradoja que durante largo tiempo hayan sido ajenos a las previsiones normativas del Estado de bienestar.

La Constitución española (artículos 39.4, 48-50) también ha tenido una amplia repercusión en Iberoamérica en estas materias. Guatemala (artículos 51 y 53) incluye a los menores, a los ancianos y a los disminuidos; Brasil (artículos 227 y 230) a los menores, a los ancianos y a los jóvenes; Colombia (artículos 44-46), a los menores, a los jóvenes y a los ancianos; Ecuador (artículo 36), El Salvador (artículos 34 y 35) y Honduras (artículos 119 y ss.) únicamente a los menores; Nicaragua (artículos 62, 65 y 77) a los ancianos, a la juventud, mediante el deporte, y a los disminuidos; Paraguay (artículo 84) sólo contempla el deporte, y Para-

guay (artículo 4o.) sólo la infancia. En Venezuela (artículo 178) la protección de la infancia, la adolescencia y la tercera edad, es de competencia municipal.

Como se puede apreciar, se trata de una serie de derechos que se han integrado al constitucionalismo iberoamericano de una manera irregular, pero que de todas suertes van calando en una época que se caracteriza por el abandono progresivo de las funciones prestacionales del Estado.

El acoso al Estado de bienestar ha reducido la capacidad de respuesta de las instituciones públicas frente a las numerosas demandas sociales. En esas condiciones la recepción constitucional de algunos de los derechos aquí mencionados representa una respuesta a las expectativas de bienestar colectivo, a veces contraviniendo las presiones que tienden a condicionar o a reducir las posibilidades del gasto público. No debe perderse de vista, en este sentido, que en su mayoría los países iberoamericanos sufren los efectos de una pesada deuda externa que los obliga a sujetarse a duras restricciones en cuanto a sus políticas monetarias y de gasto impuestas por los organismos financieros internacionales.

6o. *Derecho a la intimidad* y *habeas data*. Una de las más importantes preocupaciones de los nuevos órdenes constitucionales es la protección del derecho a la intimidad. La invasión de la esfera privada representa una de las mayores amenazas que el individuo puede experimentar en la actualidad. Los instrumentos técnicos a disposición del Estado y de los particulares, que les permiten inmiscuirse en la vida de las personas, ha generado una respuesta normativa que tiende a proteger la intimidad.

No deja de suscitarse, como es natural, el problema de definir qué se entiende por intimidad. En principio nada puede objetarse a la defensa del derecho a la intimidad, pero tampoco puede desconocerse que existen aspectos que incumben a la vida interior de los individuos pero tienen efectos externos, que también afectan la vida de otros sujetos.

Este problema lo examina Dworkin<sup>9</sup> con detenimiento, referido a la libertad de información para saber si, en última instancia, hay un derecho a la pornografía.

Por esa razón cobra especial relevancia que el enunciado del derecho a la intimidad esté acompañado de su correspondiente garantía, para que de esa forma uno y otra, al complementarse, también se delimiten. Del

9 Dworkin, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 350 y ss.

“concepto superlativo” a que alude Ruiz Miguel<sup>10</sup> se pasa así a una norma más fácil de precisar. En este aspecto el *habeas data* permite determinar el alcance del derecho a la intimidad. Aunque parezca una paradoja, a veces es a través del instrumento de garantía de un derecho que podemos saber cuál es el contenido de ese derecho. Según una de las formas de entender la garantía denominada *habeas data*,<sup>11</sup> se trata de una facultad del individuo para disponer de sus datos personales y de vigilar a quien los utiliza.

La otra vertiente a considerar es el derecho a la información, que incumbe a la sociedad, como contrapunto del derecho a la intimidad, que corresponde al individuo. Establecer el punto de intersección de ambos derechos, el que ejerce el colectivo social y el que ejerce cada uno de sus componentes, es una de las tareas más delicadas del constitucionalismo contemporáneo.

El derecho a la intimidad y su garantía, aparecen en el texto constitucional español (artículo 18). Diversas Constituciones iberoamericanas han incorporado también esos preceptos. Es el caso de Argentina (artículo 43), Brasil (artículo 5-X), Colombia (artículo 15), Costa Rica (artículo 24, reformado en 1996), Ecuador (artículos 22.4, y 30), El Salvador (artículo 2o.), Guatemala (artículo 31), Honduras (artículo 76), Nicaragua (artículo 26.4), Paraguay (artículos 33, 135), Perú (artículos 2.6 y 2.7) y Venezuela (artículos 60 y 143).

*7o. Protección contra la arbitrariedad.* Una de las más importantes garantías del sistema constitucional español es la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3). Entre las Constituciones iberoamericanas este principio ha sido adoptado sólo por Argentina (artículo 43) y Chile (artículo 20). La escasa repercusión de este precepto se debe, probablemente, a que no se ha advertido que es un valioso instrumento para la defensa de la libertad y de la igualdad.

Como ha demostrado Tomás Ramón Fernández,<sup>12</sup> el alcance de esta institución ha sido definido por la interpretación jurisprudencial. De ahí que su relevancia original no haya resultado muy clara. Más aún, la pro-

10 Ruiz Miguel, Carlos, “En torno a la protección de los datos personales automatizados”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, nueva época, 1994, p. 239.

11 Lillo, Pasquale, “Democrazia elettronica e *habeas data*”, *Iustitia*, Roma, Giuffrè Editore, julio-septiembre de 1997, p. 295.

12 Fernández, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1998, especialmente pp. 47 y ss.

pia doctrina española no le ha dado, sino hasta fecha muy reciente, la importancia que merece.

De alguna manera, los constituyentes han considerado que a través de los instrumentos de control de la constitucionalidad también se protege al individuo de la posible arbitrariedad de los órganos del poder. La experiencia jurisprudencial española demuestra que no es así, y que la garantía contenida en el artículo 9.3 constitucional amplía el horizonte de las garantías de la libertad y la igualdad. En este sentido la interpretación jurisprudencial ha identificado como arbitrario al acto jurídico que carece de explicación racional o de coherencia institucional,<sup>13</sup> con lo cual se va más allá de la sola apreciación de la constitucionalidad o de la legalidad de los actos.

Aún cuando Fernández (p. 29) señala que no existe en derecho comparado una institución semejante a la española, es necesario tomar en cuenta lo dispuesto por las Constituciones chilena y argentina, que expresamente distinguen entre ilegalidad y arbitrariedad, con lo que se sitúan en la línea de la jurisprudencia española.

Este principio constitucional implica también algunos riesgos, fundamentalmente el de ofrecer al juez una posibilidad más amplia que la significada por la jurisdicción constitucional para convertirse en legislador. Sin pretender repetir el viejo debate jeffersoniano que se basaba en una rígida concepción de la separación de poderes y del sistema representativo, sí es necesario advertir que los márgenes de discrecionalidad judicial se amplían al dársele al juez la oportunidad de establecer en qué casos una norma es arbitraria. Pero los posibles riesgos no son mayores que las previsibles ventajas. Y el orden normativo de la democracia debe tener como prioridad las más eficaces garantías para la libertad y la igualdad de los individuos.

8o. *Protección del consumidor y del usuario.* La defensa del consumidor, corresponde a otra de las disposiciones encaminadas a tutelar los llamados intereses difusos que han sido incorporados por el constitucionalismo contemporáneo. La Constitución española (artículo 51) contempla una amplia protección para el consumidor y el usuario, que incluye la protección de su seguridad, de su salud y de sus legítimos intereses económicos. Para ese efecto se realizan acciones de información y educación destinadas a los consumidores y usuarios, y se fomenta su organización.

13 *Ibidem*, pp. 61 y 90.

Elementos semejantes a la disposición constitucional española fueron adoptados en Argentina (artículo 42), Colombia (artículo 78), Ecuador (artículo 22.3) y Guatemala (artículo 119). En México (artículo 28) sólo se alude a los consumidores, sin que se les reconozca el derecho de organización, y en Perú (artículo 65) se omite el derecho a la organización de consumidores y usuarios.

En el caso de Brasil (artículo 170.V) la defensa del consumidor se plantea como parte de un orden económico cuya finalidad es “asegurar a todos una existencia digna, conforme a la justicia social”. Si bien el principio es muy abstracto, el Código de Protección y Defensa del Consumidor de 1990 incorpora los elementos centrales de la defensa de consumidores y usuarios que figuran en la carta española.

En Honduras la Constitución (artículo 331) sólo formula una ambigua libertad de consumo, y en Nicaragua (artículo 105) y Panamá (artículo 279) el Estado asume la responsabilidad de “garantizar el control y calidad de bienes y servicios”.

Estos preceptos se incorporan, de manera general, en el capítulo correspondiente al régimen económico. Ésta es, por otra parte, una sección que la mayor parte de las nuevas Constituciones incluyen, o que han incorporado mediante reformas. Tal es el caso de la mexicana (artículos 25 y 26, reformados en 1983) y de la costarricense (artículo 46, reformado en 1996), que se suman a lo que ya disponía la Constitución venezolana (artículos 95 y ss.) desde 1961. En la Constitución venezolana de 1999 (artículo 117) se amplía la defensa del consumidor al incluir el derecho a una información “no engañosa” y el resarcimiento de los daños ocasionados por la baja calidad de los bienes y servicios.

## B. Instituciones

1o. Ombudsman. El fin de la Segunda Guerra Mundial marca a su vez el inicio de una nueva etapa en la defensa de los derechos humanos. En un mismo año —1948—, son adoptadas las declaraciones Universal y Americana de los Derechos Humanos, y se inicia un proceso institucional que desembocaría en la creación de nuevas instituciones nacionales encaminadas a asegurar su eficaz protección.

La institución escandinava del *ombudsman* tardó mucho en permear la estructura constitucional iberoamericana. Aun cuando comenzó a ser discutida en los medios académicos desde finales de los años sesenta,

sólo en los setenta comenzó a recibir atención creciente. Entre los juristas que con mayor determinación impulsaron su adopción en América Latina figuran Héctor Fix-Zamudio, en México; Humberto J. La Roche, en Venezuela; Carlos Restrepo Piedrahita, en Colombia; Héctor Gross Espiell, en Uruguay; Eduardo Soto Klos, en Chile; Carlos Rivera, en Costa Rica; Jorge Mario García Laguardia, en Guatemala, y Miguel M. Padilla, en Argentina,<sup>14</sup> para mencionar sólo algunos de los distinguidos profesores que impulsaron su adopción, familiarizando a los legisladores, a los gobernantes y a la propia opinión pública con la figura del *ombudsman*.

Los primeros países iberoamericanos en adoptar constitucionalmente el *ombudsman* fueron Portugal y España,<sup>15</sup> y su fuerza expansiva entre los países iberoamericanos ha sido de gran trascendencia. Aunque en 1976 se presentó un proyecto de reformas constitucionales en Colombia para incorporar la figura de la Veeduría de la Administración,<sup>16</sup> la iniciativa no prosperó. El impulso más importante que se produjo en el constitucionalismo iberoamericano parte de la figura del defensor del pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, incorporado en la Constitución española (artículo 54).

La denominación de defensor del pueblo de la Constitución española fue seguida por Argentina (artículo 86), Bolivia (artículos 127-131, reformados en 1993), Ecuador (artículo 29), Paraguay (artículo 276), Perú (artículo 161) y Venezuela (artículo 280). Guatemala optó por integrar una Comisión de Derechos Humanos y contar, además, con un procurador de derechos humanos (artículo 273-5). En estos casos se trata, como en España,<sup>17</sup> de órganos designados por el Congreso. La Constitución mexicana (artículo 102, B, reformado en 1992) dejó a la ley la denominación de los organismos federal y estatales encargados de tutelar los derechos humanos, pero una modificación posterior (1999) incorporó la denominación de Comisión Nacional de los Derechos Humanos. A partir de ésta reforma la

14 Aguilar Cuevas, Magdalena, *El defensor del ciudadano (ombudsman)*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, UNAM, 1991, pp. 89 y ss.

15 Aguilar Cuevas, Magdalena, *Regulación del ombudsman en el derecho internacional comparado*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 9 y 14.

16 Estrada, Alexei Julio, "El *ombudsman* en Colombia y en México. Una perspectiva comparada", México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 36, p. 16.

17 Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional latinoamericana", *Revista Jurídica Petróleos Mexicanos*, México, 10 aniversario 1988-1998, Multiprint Impresores, 1998, p. 85.



Comisión cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

La incorporación del *ombudsman* en el sistema constitucional iberoamericano se ha conseguido superando numerosas resistencias y reticencias. El argumento adverso más invocado ha consistido en señalar que su aparición se debe a la debilidad del sistema judicial, y que por ende la solución para los actos de afectación de los derechos humanos no debía consistir en incorporar un órgano más del Estado, sino en fortalecer los ya existentes. Esta tesis no toma en cuenta que el *ombudsman* no excluye la posibilidad de que los particulares ejerzan ante los tribunales las acciones que consideren pertinentes, y que, por el contrario, permiten un considerable ahorro en los trámites formales que beneficia a los individuos y a los propios órganos de justicia.

El *ombudsman* juega, por otra parte, un papel significativo en cuanto a formar una conciencia de respeto por el derecho en general. La cultura jurídica se ve impulsada por la presencia de ese tipo de órganos. La necesidad de fortalecer al Estado de derecho a la que se han tenido que enfrentar los países iberoamericanos en los últimos veinte años, hace que este tipo de instituciones tenga una función especialmente relevante.

2o. *Tribunal Constitucional*. La justicia constitucional tiene una larga trayectoria en América Latina. En este aspecto la relación entre las Constituciones iberoamericanas no se da tanto por la materia, ni por la modalidad de control de la constitucionalidad adoptada, sino por la naturaleza del órgano que lo ejerce.<sup>18</sup> Aun cuando la aparición del primer tribunal constitucional, con esta denominación, se produjo en la Constitución austriaca de 1920, la denominación se incorporó en los países hispanohablantes después de promulgada la Constitución española.

Sin embargo, se registran algunos casos previos como la creación del Tribunal Constitucional chileno en 1925 y de la Corte de Constitucionalidad en Guatemala, en 1965.<sup>19</sup> En Colombia se propuso la creación de la Corte Constitucional desde 1945, aunque sólo fue establecida hasta 1991 (Restrepo, p. 275).

En cuanto a la modalidad de control, el sistema español corresponde al sistema concentrado, que es seguido por Bolivia, Costa Rica, México

18 Aguiar de Luque, Luis, "La justicia constitucional en Iberoamérica", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Lerko Print, 1997, p. 29.

19 Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 97 y ss.

(si bien el control compete al Poder Judicial Federal, no sólo a la Suprema Corte de Justicia), Panamá, Paraguay y Uruguay en tanto que en Argentina, Brasil, Nicaragua y Perú se aplica el modelo de control difuso y en Colombia, Chile, Ecuador (de acuerdo con las reformas de 1992), El Salvador, Guatemala y Venezuela rige un sistema mixto.

La diversidad de denominaciones para los órganos encargados de la justicia constitucional, las variaciones en cuanto a su integración y a los procedimientos de designación de sus titulares (véanse *Anuario, Justicia Constitucional Comparada, La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* y García Belaunde y Fernández Segado) obedece en buena medida a que se trata de una institución de larga trayectoria en el constitucionalismo latinoamericano, que hunde sus raíces en el siglo XIX. Esto no es óbice para que se puedan registrar los casos, como los de Guatemala y Perú, donde, a pesar de las soluciones finalmente incorporadas a las respectivas Constituciones, se tuvo muy presente la experiencia española (García LaGuardia, pp. 39 y ss.; Brewer Carías, p. 143).

Otro aspecto que no concierne sólo al órgano de control de la constitucionalidad, sino al gobierno y a la administración de justicia, es importante subrayar que la creación del Consejo General del Poder Judicial (artículo 122.2) ha tenido en Latinoamérica la repercusión que no tuvieron previamente los consejos superiores de la magistratura de Italia y de Francia.<sup>20</sup> En El Salvador surgió el Consejo Nacional de la Judicatura (artículo 187), en México el Consejo de la Judicatura Federal (artículo 100 reformado en 1995 y 1999), en Paraguay el Consejo de la Magistratura (artículos 262-264), y en Perú el Consejo Nacional de la Magistratura (artículos 150-157).

3o. *Comisiones congresuales*. Como instrumentos constitucionales para el control del poder y por lo mismo para garantizar el espacio individual y colectivo de libertades, el funcionamiento de las comisiones congresuales tiene una gran trascendencia. En este sentido la Constitución española dispone (artículo 76.2) que “será obligatorio comparecer a requerimiento de las cámaras” ante las comisiones de investigación. El incumplimiento de esta obligación, impuesta a todos los habitantes sin distinción de nacionalidad, da lugar a sanciones. El paso dado por el Constituyente español amplía considerablemente las facultades tradicionales de investigación de las comisiones parlamentarias.

En esa misma dirección se orientó la Constitución brasileña (artículo 58.V), aunque restringió las posibilidades de requerir la presencia sólo a los ciudadanos nacionales; Paraguay (artículo 195), en cambio, adoptó el criterio constitucional español y admite la posibilidad de que las comisiones hagan comparecer a “los particulares”, y en caso de no hacerlo quedan sujetos a la sanción correspondiente.

La presencia de este precepto en el resto del constitucionalismo americano apenas se ha dejado sentir, porque se teme que sea contrario a la llamada “separación de poderes” y de lugar a una expansión excesiva de las atribuciones de los congresos. Se trata de una interpretación errónea, porque su aplicación ha demostrado que en nada afecta el funcionamiento de los órganos del poder y sí, en cambio, supone una mayor capacidad de control político en beneficio del sistema de libertades.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos examinado, recurriendo al cotejo textual, diferentes instituciones constitucionales iberoamericanas caracterizadas, en expresión de Häberle (p. 100), por un “denominador común”. Ese denominador, dice, es “lo que vincula a las constituciones entre sí”. “Que unos poderes constituyentes, agrega, aprendan de otros se ha convertido en una pauta familiar”. Este trabajo se refiere a un nuevo constitucionalismo en Iberoamérica claramente orientado en el sentido de fortalecer los deberes y derechos fundamentales como eje de lo que podría considerarse “el derecho a la democracia”. Los instrumentos de ese derecho, consistentes en la organización y funcionamiento de los órganos del poder político, presentan en cada caso características diferentes. Esto se explica por varias razones: una, las concernientes a los sistemas parlamentario, vigente en España, y presidencial, prevaleciente en América Latina. Otras, las que corresponden al orden de culturas con perfiles propios.

Se sabe que las diferencias entre esos sistemas tienden a diluirse parcialmente, en tanto que entrambos toman prestadas entre sí determinadas instituciones que contribuyen a su estabilidad o a su mayor capacidad de control. A tal punto se ha avanzado en este proceso, que hoy es necesario adoptar nuevos criterios para diferenciar ambos sistemas, pues el aplicado hasta ahora, centrado en las formas de relación entre los órganos del poder (investidura y confianza, fundamentalmente) resultan insuficientes. La diferenciación entre esos sistemas debe orientarse hacia la identifica-

ción de las verdaderas diferencias, entre las que sobresale el procedimiento electoral adoptado, directo o indirecto, para seleccionar al jefe de gobierno. En general cuando existen dos fuentes de legitimidad, una para el órgano ejecutivo y otro para el legislativo, nos encontramos ante un sistema presidencial; cuando sólo existe una fuente de legitimidad para los titulares de ambos órganos de gobierno, estamos ante un sistema parlamentario. Esta diferencia, empero, también comienza a relativizarse a partir de la elección directa del primer ministro en algunos sistemas parlamentarios, como es el caso de Israel.

Las formas de relación entre los órganos del poder ya no son necesariamente distintivas de los sistemas parlamentario o presidencial. Por eso es posible encontrar en los nuevos sistemas presidenciales de Iberoamérica numerosos instrumentos constitucionales de control que tradicionalmente habían sido considerados exclusivos de los sistemas parlamentarios. Su adopción obedece a una razón superior: son instrumentos de garantía, o sea instituciones adjetivas, del derecho a la democracia. Y el contenido de este derecho aparece en la complementariedad de los nuevos y los anteriores derechos fundamentales.

Lo central, por tanto, de las nuevas democracias, está en la edificación de una nueva estructura de derechos fundamentales, cuya garantía es el sistema democrático que también han adoptado. El proceso no ha sido fácil ni rápido, y en la mayor parte de los casos todavía llevará tiempo para su consolidación. Conseguirlo es un desafío al que cada comunidad nacional tendrá que dar respuesta, pero será de gran ayuda que, periódicamente, se lleven a cabo ejercicios de análisis y cotejo, para poder establecer así los niveles de avance registrados.

Hacer una revisión de este proceso es una forma de constatar la evolución que se ha llevado a cabo. Para este propósito los ejercicios de naturaleza académica han probado ser eficaces. En 1974, por ejemplo, se integró el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional que, por primera vez, se dio a la tarea de servir como un foro para los constitucionalistas de esa área europea y americana.

El primer Congreso al que convocó, en julio de 1975, tuvo una clara inspiración helleriana: el tema fue “Derecho y realidad constitucional en América Latina”.

En ese primer Congreso, y en los subsiguientes, llevados a cabo sucesivamente en México, España y Colombia, han participado desde el principio expertos de ambos continentes que, en sus respectivos países y en sus

diferentes momentos, han participado en los procesos constituyentes. Muchos de los temas tratados a lo largo de estos años se han traducido en propuestas o han reflejado el análisis de decisiones tomadas, pero en todo caso han sido el punto de encuentro en que los concedores de los distintos sistemas constitucionales han intercambiado conocimientos, experiencias, opiniones y sugerencias. A manera de ejemplo puede señalarse el congreso celebrado en Colombia en 1984 sobre el tema de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. Al remirarse la relación entre los sistemas constitucionales no puede desconocerse esta singular circunstancia.

Más allá de las semejanzas formales entre los sistemas constitucionales, hay un aspecto central: la forja convergente de una cultura democrática colectiva. Es en este punto donde se presenta la mayor afinidad de la nueva comunidad iberoamericana. No existe entre sus miembros una vocación emuladora; lo que sí hay es una decisión, adoptada en el ámbito interno de cada sociedad política, de abrir paso a una forma de vida que se expresa a través del Estado social y democrático de derecho. Sea que esta denominación haya sido incorporada al texto fundamental, sea que en él sólo figuren las instituciones que le dan contenido aun cuando no se haga expresa referencia a ese Estado, es evidente que se avanza en su construcción y consolidación. Aquí reside la característica dominante del nuevo constitucionalismo iberoamericano.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, “La justicia constitucional en Iberoamérica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Lerko Print, 1997.
- AGUILAR CUEVAS, Magdalena, *El defensor del ciudadano* (ombudsman); México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, UNAM, 1991.
- , *Regulación del ombudsman en el derecho internacional comparado*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- ALFONSÍN, Raúl, *Democracia y consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Editorial Sociedad Impresora Americana, 1996.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

- BERRY, CHARLES R., “Elecciones para diputados mexicanos a las Cortes españolas, 1810-1822”, *México y las Cortes españolas. 1810-1822. Ocho ensayos*, México, Cámara de Diputados, LII Legislatura, Instituto de Investigaciones Legislativas, 1985.
- BREWER-CARIAS, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Editorial Dykinson, 1997.
- , *Instituciones políticas y constitucionales*, San Cristóbal, Venezuela, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, t. I.
- BUSCH, Wilhelm, “Democrazia elettronica e *habeas data*”, *Iustitia*, Roma, Giuffrè Editore, julio-septiembre de 1997.
- CARPIZO, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- CEPEDA E., Manuel José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992.
- DÍAZ, Elías, *La transición a la democracia (Claves ideológicas, 1976-1986)*, Madrid, Edumena, Ediciones de la Universidad Complutense, 1987.
- DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985.
- ESTRADA, Alexei Julio, *El ombudsman en Colombia y en México. Una perspectiva comparada*, México, UNAM, Cuadernos Constituciones México-Centroamérica, 1994, núm.7.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1998.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- , “La justicia constitucional latinoamericana”, *Revista Jurídica Petróleos Mexicanos*, México, 10 Aniversario 1988-1998, Multiprint Impresores, 1998.
- GARCÍA BELAUNDE, D. y FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*, 3a. ed., Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, 1995.

- , “La Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y competencias”, *Tribunales constitucionales y defensa del orden constitucional*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica-UNAM, 1994, Cuadernos Constitucionales, México-Centroamérica, núm. 8.
- , *et al.*, “La Constitución de Cádiz y su influencia en América (175 años 1812-1987)”, *Cuadernos de CAPEL*, Costa Rica, 1987.
- HIDRÓN, Henao, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, 8a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992.
- Justicia constitucional comparada*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Umaña Trujillo Impresores, 1984.
- LAMOUNIER, Bolívar (organizador de ed.), *Brasil & África do Sul. Uma comparacao*, São Paulo, Editora Summaré/IDESP, CPS, FGD, 1996.
- LECHNER, Norbert, *Los patios interiores de la democracia. Subjetividad y política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- LILLO, Pasquale, “Democrazia elettronica e *habeas data*”, *Iustitia*, Roma, Giuffrè Editore, julio-septiembre de 1997.
- LÓPEZ PINA, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Civitas, 1991.
- MELGAR ADALID, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1997.
- NÚÑEZ PONCE, Julio, “La acción de *habeas data*: Su aplicación en un contexto jurídico informático”, *Revista Jurídica del Poder Judicial*, Sinaloa, segunda época, 1994.
- POPPER, Karl R., *All life is problem solving*, Londres, Routledge, 1999.
- QUINTERO, César, *Evolución constitucional de Panamá*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, “En torno a la protección de los datos personales automatizados”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, nueva época, 1994.
- SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996.

- , *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 10a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, t. II; *La Constitución de 1925*, Santiago de Chile, Universidad Católica, Editorial Jurídica de Chile, 1963.
- STOTZKY, Irwin P., *Transition to democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Washington, Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 1993.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- VEGA, Pedro de, “La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente”, *Temas clave de la Constitución Española*, Madrid, Tecnos, 1985.



# **CONSTITUCIONES Y PROCESOS CONSTITUYENTES EN IBEROAMÉRICA**

## REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA DE 1999

Allan R. BREWER-CARÍAS\*

SUMARIO: I. *La Constitución de 1999 o la frustración del necesario cambio político.* II. *El problema de una Constitución política concebida para el autoritarismo.* III. *El problema de una Constitución social concebida para el paternalismo y el populismo.* IV. *El problema de una Constitución económica concebida para el estatismo insolvente.* V. *Apreciación general: una Constitución concebida para el autoritarismo, el paternalismo estatal, el populismo y el estatismo insolvente.*

### I. LA CONSTITUCIÓN DE 1999 O LA FRUSTRACIÓN DEL NECESARIO CAMBIO POLÍTICO

La Asamblea Nacional Constituyente, creada por el referéndum del 25 de abril de 1999, tenía por misión elaborar una nueva Constitución para la República de Venezuela que, en democracia, transformara el Estado y creara un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa. Con ese fin se eligieron los miembros de la Asamblea el 25 de julio de 1999.

La creación de la Asamblea y la elección de sus miembros, sin duda, respondió a las exigencias del momento constituyente que vive el país, producto de la crisis terminal del sistema político de Estado centralizado de partidos establecido a partir de los años cuarenta y reestablecido en 1958, que había que cambiar, para permitir el perfeccionamiento y sobrevivencia de la propia democracia.

La crisis del sistema de Estado centralizado de partidos, montado sobre el centralismo estatal y la democracia de partidos, en la cual éstos han ejercido el monopolio de la participación y de la representatividad, exigía

\* Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela (1999).

de la Asamblea la transformación de dicho Estado centralizado de partidos en un sistema de Estado descentralizado y participativo, montado al contrario del que hemos tenido, sobre la descentralización política del poder público en el territorio y sobre la participación popular.

La misión de la Asamblea consistía: por una parte, en transformar el Estado para hacerlo más democrático, mediante la desarticulación del centralismo y la construcción de un Estado descentralizado; y por la otra, en la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, que incorporara a la sociedad civil al proceso político, económico y social y asegurara la participación de todos en la conducción del Estado.

Ahora bien, concluidas las sesiones de la Asamblea para la elaboración del Proyecto de Constitución, éste fue aprobado mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, con una votación afirmativa del 71% de los votos (29% de votos negativos), pero con una abstención del 55%, lo que significa que la Constitución fue aprobada por sólo el 30% de los venezolanos con derecho a voto.

En todo caso, al estar en vigencia (a partir del 30 de diciembre de 1999) la nueva Constitución, es necesario e indispensable determinar si dicho texto responde a las exigencias de transformación política determinadas en el referéndum del 25 de abril de 1999 y, sobre todo, si la “*transformación del Estado*” y el “*nuevo ordenamiento jurídico*” que contiene, contribuyen a superar la crisis del sistema de Estado centralizado de partidos y a estructurar, en su lugar, un sistema de Estado descentralizado y participativo que pudiera permitir el mantenimiento de la democracia.

En nuestro criterio y como conclusión de dicha evaluación, la nueva Constitución no asegura ni sienta las bases para dicha transformación del sistema político y, al contrario, consolida tanto el centralismo estatal imperante, lo que da marcha atrás, incluso, al proceso de descentralización que se había iniciado en 1989; como el partidismo, al reiterar el sistema electoral de representación proporcional como el único de rango constitucional, lo cual asegura el monopolio de la representatividad por los partidos políticos y sus agentes; y la tendencia a la ilegitimidad democrática al mantener la mayoría relativa para la elección de las autoridades ejecutivas.

En consecuencia, la tarea esencial de la Asamblea, que consistía en perfeccionar la democracia mediante la transformación del Estado (de Estado centralizado a Estado descentralizado) y en crear un nuevo ordenamien-

to jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa (de Estado de partidos a Estado de participación), no se logró en la nueva Constitución, y se perdió, en consecuencia, una oportunidad histórica única, pues convocar a una Asamblea Nacional Constituyente en democracia, no es un hecho político común, es más bien excepcionalísimo como lo demuestra nuestra historia político-constitucional.

En efecto, hemos tenido momentos constituyentes como éste, en nuestra historia constitucional en situaciones similares de ruptura del proceso político, por su agotamiento y la necesidad de su cambio radical, y en ellos, las Asambleas Constituyentes siempre han jugado un rol decisivo, aunque han sido establecidas como consecuencia de una revolución o una guerra y nunca electas pacíficamente en democracia. En efecto, el primer periodo de nuestra historia constitucional se inició en 1811 con el Congreso Constituyente que declaró la Independencia de España y se reconstituyó en 1830, después de las guerras de Independencia y la desaparición de Venezuela como República por su unión a los pueblos de Colombia. Ese periodo de la formación del Estado concluyó abruptamente con las guerras federales y la Asamblea Constituyente de 1863 la cual estableció las bases constitucionales de un nuevo sistema estatal; el del Estado Federal. Este segundo periodo político, nuevamente concluyó de forma abrupta luego de su crisis terminal, con la Revolución Liberal Restauradora en 1899 y la Asamblea Constituyente de 1901 que diseñó un cambio radical en el sistema político-estatal, dando paso a un Estado centralizado y autocrático que se consolidó durante la primera mitad del siglo XX. De nuevo este tercer periodo político de nuestra historia constitucional terminó abruptamente con la Revolución de octubre de 1945 y la Asamblea Constituyente de 1946 que diseñó el sistema político democrático de Estado centralizado el cual, después de un interregno militar (1948-1958), se consolidó durante los últimos cuarenta años de centralismo de Estado y democracia de partidos. Este es el sistema cuya crisis terminal exigía un cambio radical que debía diseñar la Asamblea Constituyente de 1999, pero en democracia y sin ruptura constitucional. Si la Constitución de 1999 es, en efecto, la primera de un quinto periodo de nuestra historia política o la última del cuarto periodo mencionado, eso sólo lo dirá la historia. Lo que sí podemos ahora evaluar es la magnitud del cambio político que se esperaba con la nueva Constitución.

Lo cierto, es que la nueva Constitución no resuelve el problema central y medular de la crisis política para perfeccionar la democracia, pues

no se diseñó para sentar las bases del cambio político democrático. Su aprobación no sólo no contribuye a superar la crisis del centralismo del Estado y del Estado de partidos, —más bien la agrava—; sino que sienta las bases constitucionales para el desarrollo de un autoritarismo político, que se monta sobre regulaciones que refuerzan el centralismo, el presidencialismo, el estatismo, el paternalismo de Estado, el partidismo y el militarismo; con el peligro del derrumbe de la propia democracia.

Este es el cuadro político que nos deja la nueva Constitución, cuyo contenido analizamos a continuación, mediante el estudio de las principales regulaciones que contiene; lo que haremos analizando los tres elementos centrales que conforman cualquier Constitución: la Constitución política; la Constitución social y la Constitución económica.

## II. EL PROBLEMA DE UNA CONSTITUCIÓN POLÍTICA CONCEBIDA PARA EL AUTORITARISMO

Toda Constitución política tiene por objeto la organización del poder público, como potestad constitucional del Estado y, en consecuencia, la organización misma del Estado.

En cualquier Constitución, esta organización está signada por diversas opciones: primero, la derivada de la distribución del poder público, lo que origina Estados unitarios o Estados descentralizados; y segundo, la que provoca la separación de poderes, lo cual origina la unicidad o la pluralidad de los poderes; característica, esta última, de los sistemas democráticos, montados sobre la separación, balance y contrapeso de los poderes del Estado.

Además, la Constitución política diseña el sistema político con opción entre la autocracia y la democracia, según que la soberanía resida en un autócrata o efectivamente en el pueblo.

Ahora bien, en relación con la Constitución de 1999 y desde el punto de vista de la Constitución política, queremos destacar las regulaciones que, en nuestro criterio, contienen aspectos negativos en relación con el perfeccionamiento de la democracia y que pesan más que las razones que podrían hacer que dicha Constitución merezca nuestra aprobación, referidas a la formal consolidación de principios del Estado de derecho y de justicia, con excelentes mecanismos de control de constitucionalidad y de reforma judicial. Estos, lamentablemente, corren el riesgo de quedar inutilizados dado los elementos de autoritarismo y concentración del po-

der que se derivan de otros aspectos del texto aprobado, a los cuales nos referimos a continuación.

### 1. *El nuevo nombre de la “República Bolivariana de Venezuela” y su carácter partisano*

La nueva Constitución pretende, ante todo, en su primer artículo cambiarle el nombre a la “República de Venezuela” y sustituirlo por el de “República Bolivariana de Venezuela”.

El nombre de República de Venezuela, nos ha acompañado durante toda nuestra historia política constitucional desde 1811, cuando se constituyó la Confederación de Estados de Venezuela, con la sola excepción del periodo constitucional que transcurrió desde el Congreso de Angostura, en 1819, y la reconstitución de la República de Venezuela por la Convención de Valencia de 1830. En 1819 y 1821, en efecto, el libertador hizo sancionar por el Congreso las Leyes de la Unión de los Pueblos de Colombia con las cuales se decretó la desaparición de la República de Venezuela, lo que se consolidó en 1821 cuando la Constitución de Cúcuta estableció la “República de Colombia” cuyo territorio comprendió tanto el de la antigua Capitanía General de Venezuela como el del antiguo Virreinato de Nueva Granada. Con ello se hizo realidad parte de lo que había sido el sueño del libertador en cuanto a la unión de los pueblos de América.

Históricamente, la idea de la República Bolivariana, apunta a una organización política que implicó la desaparición de Venezuela como Estado, por lo que bajo dicho ángulo, el cambio de nombre es totalmente inadmisibles y contrario a la idea de independencia de nuestro país. En todo caso, sería demasiado torpe y necio pensar que la motivación del cambio de nombre propuesto, el cual aún no ha sido justificado, respondió a esa idea de desaparición de la República de Venezuela.

Pero igualmente necio y torpe sería el que se pretendiera fundamentar el cambio de nombre en algún afán romántico de evocar el pensamiento y la acción del libertador, en la formación de nuestra República. Para ello hubiera bastado con hacer esa indicación tanto en el preámbulo como en el artículo 1o., como se aprobó en la primera discusión.

El cambio de nombre, por tanto, debe tener otra explicación y esa no es otra que una motivación política, partidaria, partisana o partidista, que se deriva de la denominación inicial del movimiento político que estable-

ció y preside el presidente de la República, Hugo Chávez y que, como partido político, pretendió funcionar con el nombre de Movimiento Bolivariano 200. El partido del presidente de la República, en efecto, es el “partido bolivariano” y es por ello que se pretende imponerlo como nombre de la República. Ello, en nuestro criterio, debe ser rechazado, no sólo por ser antibolivariano (no se olvide que el último grito del libertador, en la víspera de su muerte, fue por que cesaran los partidos) sino porque pretende consolidar, desde el primer artículo de la Constitución, la división del país, entre bolivarianos y los que no lo son; entre patriotas y realistas; entre buenos y malos; entre puros y corruptos; entre revolucionarios y antirrevolucionarios; y todo ello mediante la manipulación de la historia y los sentimientos populares con el control del poder.

## *2. La burla al proceso de descentralización: el Estado federal descentralizado con un marco centralista y la eliminación del Senado*

Uno de los grandes cambios políticos que ha debido propugnar la nueva Constitución era transformar definitivamente la Federación centralizada que hemos tenido durante los últimos cien años por una Federación descentralizada, con una efectiva distribución territorial del poder hacia los Estados y municipios. En tal sentido debía apuntar la reforma constitucional, no sólo al concebirse la forma del Estado como un Estado federal descentralizado (artículo 4o.), sino al preverse a la descentralización política de la Federación como una política nacional de carácter estratégico (artículo 158).

Sin embargo, el resultado final del esquema constitucional aprobado de distribución territorial del poder no ha significado ningún avance sustancial respecto del proceso de descentralización que venía avanzando durante la última década en el país, al amparo de la Constitución de 1961 y en ejecución de la Ley Orgánica de Descentralización de 1989; y en muchos aspectos, ha significado un retroceso institucional. Por ello, la denominación de “Estado federal descentralizado”, en definitiva, no pasa de ser nominal y continua el mismo *desiderátum* inserto en la Constitución de 1961, hacia el cual se puede apuntar.

En este caso, incluso, el régimen se concibe en forma contradictoria, pues institucionalmente se limita en forma amplia la autonomía de los estados y municipios, al remitirse su regulación a la ley (lo que es contrario a lo que debe ser la garantía constitucional de dicha autonomía), y se le-

siona la igualdad de los Estados al eliminarse el Senado (y crearse una Asamblea Nacional Unicameral) y con ello, la posibilidad de la participación política igualitaria de los Estados en la conducción de las políticas nacionales.

En efecto, en la Constitución se ha establecido una organización unicameral de la proyectada Asamblea Nacional (artículo 186) que no sólo rompe una tradición que se remonta a 1811, sino que es contradictoria con la forma federal del Estado que exige una Cámara Legislativa con representación igualitaria de los Estados, cualquiera que sea su población, y que sirva de contrapeso político a la Cámara de representación popular, según la población del país. La “eliminación” del Senado o Cámara federal es, por tanto, un atentado contra la descentralización política efectiva, al extinguir el instrumento para la igualación de los Estados en el tratamiento de los asuntos nacionales en la Asamblea Nacional; y además, un retroceso tanto en el proceso de formación de las leyes nacionales, como en el ejercicio de los poderes de control parlamentario sobre el Ejecutivo.

Por otra parte, como indicamos, la autonomía de los entes territoriales (estados y municipios), exige su garantía constitucional, en el sentido de que no puede ser limitada por ley nacional posterior. De ello se trata al establecerse una distribución constitucional del poder en el territorio.

En la nueva Constitución, sin embargo, la regulación del funcionamiento y la organización de los Consejos Legislativos Estadales se remite a la ley nacional (artículo 162), lo cual además de contradictorio con la atribución de los Estados de dictarse su Constitución para organizar sus poderes públicos (artículo 164, ord. 1), es una intromisión inaceptable del poder nacional en el régimen de los Estados.

En cuanto a los municipios, la autonomía municipal tradicionalmente garantizada en la propia Constitución, también se encuentra interferida al señalarse que los municipios gozan de la misma, no sólo “dentro de los límites” establecidos en la Constitución, sino en la ley nacional (artículo 168), con lo cual el principio descentralizador básico, que es la autonomía, queda minimizado.

Por otra parte, en cuanto a la distribución de competencias entre los entes territoriales, el proceso de descentralización exigía, ante todo, la asignación efectiva de competencias tributarias a los Estados, sobre todo en materia de impuestos al consumo, como sucede en casi todas las federaciones. Se abandonaron los avances que el Proyecto de Constitución tenía al respecto de esta materia en la primera discusión y en la segunda



discusión se le quitaron a los Estados todas las competencias tributarias que se le habían asignado, con lo que se retrocedió al mismo estado que actualmente existe en la Constitución de 1961. En esta forma, los Estados siguen dependientes del aporte financiero nacional (situado constitucional), el cual puede incluso disminuirse, además de que se le fijó un tope máximo (20% de los ingresos nacionales) que en la Constitución de 1961 no tenía (sólo había un mínimo); y si bien se crea en la Constitución el Consejo Federal de Gobierno (artículo 185) como órgano intergubernamental, su organización por ley nacional, puede conducir a su control por los órganos nacionales.

Conforme a lo anterior, en líneas generales no se logró superar el esquema de Federación centralizada de la Constitución de 1961 en la nueva Constitución, y si bien se habla de descentralización, sigue siendo un desiderátum, no actualizado.

La gran reforma del sistema político, necesaria e indispensable para perfeccionar la democracia, era en todo caso, desmontar el centralismo del Estado y distribuir el poder público en el territorio; única vía para hacer realidad la participación política. Ello, sólo, justificaba el proceso constituyente; sin embargo, se pospuso y se perdió la gran oportunidad de comenzar a sustituir el Estado centralizado por un Estado descentralizado.

La Asamblea Constituyente, para superar la crisis política, ha debido diseñar la transformación del Estado, mediante la descentralización del poder, y sentar las bases para acercarlo efectivamente al ciudadano. Al no hacerlo, la nueva Constitución ni transformó el Estado ni dispuso lo necesario para hacer efectiva la participación.

### *3. La representación proporcional y la supervivencia de la partidocracia*

En la nueva Constitución tampoco se atacó el otro aspecto del sistema político que requería de una reforma radical, que era la representatividad política y la participación, para romper el monopolio que en esa materia han tenido los partidos políticos.

En efecto, el centralismo de Estado ha permanecido acompañado, como parte del sistema político, por el Estado de partidos, en el cual los partidos políticos han sido los únicos mecanismos de participación política y los únicos que han obtenido representantes en los órganos representativos. Ello ha estado asegurado a través del método de escrutinio plurinominal basado en la representación proporcional, el cual no sólo no

se ha cambiado, sino que es el único consagrado en la Constitución (artículo 63). A pesar de que se señale en el texto constitucional que debe garantizarse la personalización del voto, ello no cambia la representatividad si se sigue el método de representación proporcional, que conduce a la representación de partidos. Lamentablemente, no se acogió la propuesta de establecer la elección uninominal a nivel de los representantes a las Juntas Parroquiales, Consejos Municipales y Consejos Legislativos Estatales para lograr una representatividad territorial de las comunidades respectivas.

En todo caso, en nuestro criterio, el haber mantenido, el sistema de representación proporcional garantiza la continuación de la partidocracia, y nada habrá cambiado, salvo la representatividad de unos partidos por otros.

#### 4. *El presidencialismo exacerbado*

En la organización del poder público, en su vertiente horizontal, en la Constitución se optó por continuar con el sistema presidencial de gobierno, aun cuando se le hayan incrustado algunos elementos del parlamentarismo como había sucedido con la Constitución de 1961.

Sin embargo, en la nueva Constitución, el presidencialismo se ha exacerbado por la extensión del periodo constitucional del presidente de la República, con reelección inmediata; y por la pérdida de balance o contrapeso de los poderes, por la eliminación del bicameralismo.

En efecto, en el modelo presidencial escogido se combinan los siguientes cuatro factores: en primer lugar, la extensión del periodo presidencial a seis años; y en segundo lugar, la reelección inmediata del presidente de la República (artículo 230). Ello atenta contra el principio de la alternabilidad republicana al permitir un largo periodo de gobierno de hasta 12 años. Pero los dos elementos anteriores se combinan con otros dos: tercero, lo complicado del referendo revocatorio del mandato (artículo 72), lo que lo hace prácticamente inaplicable; y cuarto, la eliminación del principio de la elección del presidente por mayoría absoluta y doble vuelta, que estaba en el proyecto aprobado en la primera discusión. Ello se eliminó en segunda discusión y se conservó la elección por mayoría relativa (artículo 228), como lo preveía la Constitución de 1961, y, por tanto mantendremos un sistema de gobiernos electos con una minoría de votos, que ha hecho al sistema ingobernable.

Con este modelo presidencialista, al que se agrega la posibilidad de disolución de la Asamblea por el presidente de la República, aun cuando en casos excepcionales de tres votos de censura parlamentaria al vicepresidente ejecutivo (artículo 240), se exacerba el presidencialismo que no encuentra contrapeso en el bicameralismo que se elimina, sino más bien refuerzo en otras reformas, como la regularización de las leyes habilitantes o de delegación legislativa a los efectos de emisión de decretos-leyes y no sólo en materia económica y financiera (artículo 203).

### *5. El desbalance en la separación de poderes por la concentración del poder en la Asamblea Nacional*

La Constitución adopta un esquema de separación de poderes no sólo entre los poderes Legislativo y Ejecutivo con la configuración del sistema presidencial de gobierno, sino entre el Poder Judicial, cuya autonomía se consagra repetidamente, y otros dos nuevos poderes de rango constitucional: el Poder Ciudadano, que abarca el Ministerio Público (fiscal general de la República), el defensor del pueblo; la Contraloría General de la República; y el Poder Electoral, que ejerce el Consejo Nacional Electoral.

Una efectiva separación de poderes, por supuesto, está montada sobre la independencia entre ellos, de manera que el origen de sus titulares (elección o designación) no quede a merced de la voluntad de ninguno de los poderes del Estado. En ello consiste la garantía del contrapeso.

En la nueva Constitución, al contrario, se consagra un desbalance entre los poderes estatales al permitirse que la Asamblea Nacional pueda remover de sus cargos al fiscal general de la República, al defensor del pueblo, al contralor general de la República, a los miembros del Consejo Nacional Electoral (artículo 296) y más grave aún, a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 265). Ello constituye la antítesis de la independencia y contrapeso entre los poderes del Estado, y configura un modelo de concentración de poder en la Asamblea Nacional, totalmente incompatible con una sociedad política democrática.

### *6. La base constitucional para el militarismo*

En la nueva Constitución, al presidencialismo como forma de gobierno y a la concentración del poder en la Asamblea Nacional, se agrega un acentuado esquema militarista, cuya combinación puede conducir fácilmente al autoritarismo.

En efecto, en el texto constitucional quedó eliminada toda idea de sujeción o subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil, consagrándose, al contrario, una gran autonomía de la autoridad militar y de la Fuerza Armada Nacional, unificadas las cuatro fuerzas, con la posibilidad de intervenir en funciones civiles.

Ello se evidencia de las siguientes regulaciones: *Primero*, de la eliminación de la tradicional prohibición de que la autoridad militar y la civil no pueden ejercerse simultáneamente, que establecía el artículo 131 de la Constitución de 1961. *Segundo*. De la eliminación del control, por parte de la Asamblea Nacional, respecto de los ascensos de los militares de alta graduación, que en el constitucionalismo histórico siempre se había previsto, disponiéndose en el texto constitucional, al contrario, que ello es competencia exclusiva de la Fuerza Armada (artículo 331). *Tercero*. De la eliminación del carácter no deliberante y apolítica de la institución militar, como lo establecía el artículo 132 de la Constitución de 1961, lo que abre la vía para que la Fuerza Armada, como institución militar, comience a deliberar políticamente y a intervenir y dar su parecer sobre los asuntos de los que estén resolviendo los órganos del Estado. *Cuarto*. De la eliminación de la obligación de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas que preveía el artículo 132 de la Constitución de 1961. *Quinto*. Lo que es más grave aún, de la eliminación de la obligación de la Fuerza Armada de respetar la Constitución y las leyes “cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación”, como lo decía el artículo 132 de la Constitución de 1961. *Sexto*. De la atribución a los militares, en forma expresa, del derecho al sufragio (artículo 330), lo cual podría ser incompatible, políticamente, con el principio de obediencia. *Séptimo*. Del establecimiento del privilegio procesal, tradicionalmente reservado a los altos funcionarios del Estado y a los altos oficiales de la Fuerza Armada, de que para ser enjuiciados se requiera una decisión del Tribunal Supremo sobre si hay o no méritos para ello (artículo 266,3). *Octavo*. Del sometimiento a la autoridad de la Fuerza Armada de todo lo concerniente con el uso de armas y no sólo las de guerra, lo que se le quita a la administración civil del Estado (artículo 324). *Noveno*. De la atribución, en general, a la Fuerza Armada de competencias en materia de policía administrativa (artículo 329). *Décimo*. De la adopción en el texto constitucional del concepto ya histórico de la doctrina de la seguridad nacional, por ser ésta de carácter globalizante, totalizante y omnicomprensiva, conforme a la cual todo lo que acaece en el

Estado y la nación, concierne a la seguridad del Estado, incluso el desarrollo económico y social (artículo 326).

Esta situación da origen a un esquema militarista que constitucionalmente es una novedad, pero que puede conducir a un apoderamiento de la administración civil del Estado por la Fuerza Armada, a la cual, incluso se le atribuye en la Constitución “la participación activa en el desarrollo nacional” (artículo 328).

Todo lo anterior muestra un cuadro de militarismo realmente único en nuestra historia constitucional que ni siquiera se encuentra en las Constituciones de los regímenes militares.

### III. EL PROBLEMA DE UNA CONSTITUCIÓN SOCIAL CONCEBIDA PARA EL PATERNALISMO Y EL POPULISMO

La segunda parte de toda Constitución, como norma suprema, además de la Constitución política, es la Constitución social o del ciudadano, en la cual se deben establecer las relaciones entre el Estado, y la sociedad y sus componentes individuales.

En definitiva, está compuesta por el conjunto de libertades y derechos de los ciudadanos y habitantes del país, con sus correlativos deberes de parte del Estado y sus autoridades de protección, abstención o de prestación social. Lo cierto es que no puede haber un derecho consagrado constitucionalmente que no tenga un deber u obligación correlativo a cargo del Estado.

En esta materia, a pesar de los avances que contiene la Constitución, por ejemplo, en la enumeración de los derechos individuales y en la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos a los cuales se les prescribió aplicación preferente cuando sean más favorables; los aspectos negativos del texto pesan más que las razones que podrían hacer que la Constitución merezca nuestra aprobación.

#### 1. *La grave lesión a la garantía constitucional de la reserva legal*

La verdadera efectividad de una enunciación de derechos constitucionales en una Constitución, está en la previsión de sus garantías. La nueva Constitución venezolana, en esta materia, puede decirse que contiene una extensa y excelente enunciación de derechos constitucionales en la misma línea de previsión, que se había seguido en América Latina con las Cons-

tuciones de Brasil y Colombia. En la nueva Constitución, además, con la previsión expresa y amplísima de otorgarle rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y prever no sólo su aplicación inmediata por los jueces sino su aplicación preferente en todo lo que puedan beneficiar a las personas (artículo 31).

Esta enunciación, sin embargo, puede quedar perfectamente inefectiva, por la previsión en la propia Constitución, de normas que significan una antítesis de la garantía constitucional de los derechos. En efecto, entre tales garantías, la más importante es la de la reserva legal, es decir, que las limitaciones a los derechos constitucionales sólo pueden establecerse mediante ley, y como tal debe entenderse el acto que emana del órgano legislativo (Asamblea Nacional) compuesto por representantes electos democráticamente. Sin embargo, en la nueva Constitución venezolana se prevé un sistema de legislación delegada mediante leyes habilitantes, que no tiene parangón en ninguna Constitución latinoamericana, con la cual se puede atribuir al presidente de la República la potestad de legislar en cualquier materia, con lo cual la garantía constitucional de la reserva legal quedaría totalmente minimizada y con ello, se podría dar al traste a la excelente enunciación de los derechos constitucionales.

## 2. *La ausencia de consagración constitucional de derechos de protección al niño desde la concepción*

Por otra parte, a pesar de todo el avance en materia de derechos individuales del texto constitucional y de que se hubiese repetido la regulación de la Constitución de 1961 sobre el carácter inviolable del derecho a la vida (artículo 43), en la nueva Constitución no se estableció con rango constitucional el derecho de los niños a protección integral “desde la concepción”, como sí estaba regulado en el artículo 74 de la Constitución de 1961.

La Asamblea Constituyente, en este aspecto, violó las bases comiciales que la originaron y que le impusieron, como límite, la progresión de la protección de los derechos humanos. Al contrario, en este campo tan sensible, puede considerarse que hubo una regresión en la regulación constitucional, lamentablemente motivada por la discusión entre abortistas y no abortistas y entre movimientos feministas y la propia Iglesia Católica.

La Asamblea Nacional Constituyente no supo deslindar el campo de regulación y pretendiendo satisfacer los requerimientos de la jerarquía

eclesiástica de la consagración del derecho de protección del niño desde la concepción, lo que hizo fue engañarla, previendo la protección de la maternidad “desde la concepción” (artículo 76) ¡como si pudiera haber otro momento a partir del cual se pudiera iniciar la maternidad!

Lo cierto de todo es que en la nueva Constitución no existe el balance necesario que debe haber entre los derechos del niño y los derechos de la madre para que se mantenga el equilibrio general de la protección y los derechos recíprocos, pues como es bien sabido, el límite del ejercicio de todos los derechos humanos es “el derecho de los demás y el orden público y social”.

En todo caso, una Constitución que en el campo de los derechos individuales no garantiza expresamente el derecho de todo niño a la protección integral desde la concepción, por regresiva en materia de protección de derechos individuales, no merece nuestra aprobación.

### *3. La siembra constitucional del principio para el control de la libertad de información*

En la Constitución se consagra el derecho de toda persona a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas y opiniones y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura, correspondiendo a quien haga uso de tal derecho plena responsabilidad por todo lo expresado (artículo 57).

Sin embargo, al consagrarse el derecho de todos a la información, es decir, a ser informados, se adjetiviza dicha información al calificársela de “oportuna, veraz e imparcial” (artículo 58), lo que sin dejar de ser un desiderátum que debe derivarse del principio general de que el ejercicio de los derechos tiene como límite el derecho de los demás y el orden público y social (artículo 20), así expresado constituye la siembra, en la nueva Constitución, de un principio que podría dar origen al desarrollo de un control público o político que podría conducir a la definición de una “verdad oficial” y por tanto, el rechazo de cualquier otra verdad en la información. En una Constitución signada por el principio de la progresión en la mayoría de los derechos individuales, esta regresión en materia de libertad de información es inadmisibles, pues abre una grieta que puede servir al autoritarismo.

#### *4. La confusión entre buenas intenciones y los derechos constitucionales y el engaño que deriva de la imposibilidad de satisfacer algunos derechos sociales*

En la consagración de los derechos humanos, uno de los principios esenciales de orden constitucional es el denominado principio de alteridad, que implica que todo derecho comporta una obligación y que todo titular de un derecho debe tener relación con un sujeto obligado.

No hay, por tanto, derechos sin obligaciones ni obligados; por lo que la consagración de supuestos derechos que no pueden originar obligaciones u obligados, por imposibilidad conceptual, no es más que un engaño.

Así sucede, por ejemplo, con varios de los derechos y garantías sociales, tal y como se consagraron en la Constitución, cuya satisfacción es simplemente imposible. Constituyen, más bien, declaraciones de principio y de intención de indiscutible carácter teleológico, pero difícilmente pueden concebirse como “derechos” por no poder existir un sujeto con obligación de satisfacerlos.

Es el caso, por ejemplo, del “derecho a la salud” que se consagra como “un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida” (artículo 83). Lo cierto es que es imposible que alguien garantice la salud de nadie y que constitucionalmente se pueda consagrar el derecho a la salud. Ello equivale a consagrar, en la Constitución “el derecho a no enfermarse”, lo cual es imposible pues nadie puede garantizar a otra persona que no se va a enfermar.

En realidad, el derecho que se puede consagrar en materia de salud, como derecho constitucional, es el derecho a la protección de la salud, lo que comporta la obligación del Estado de velar por dicha protección, estableciendo servicios públicos de medicina preventiva y curativa. De esto, regular el “derecho a la salud” por imposibilidad de la alteridad, es un engaño.

Lo mismo podría señalarse, por ejemplo, respecto del derecho que se consagra en la Constitución a favor de “toda persona”, “a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias” (artículo 82). Este derecho, así como está consagrado, es de imposible satisfacción; se trata, más bien, de una declaración de principio o de intención bellamente estructurada que no puede conducir a identificar a un obligado a satisfacerla, y menos al Estado.



También resulta un engaño establecer en la Constitución, pura y simplemente, que “toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público no lucrativo que garantice la salud y asegure protección en contingencias ... de previsión social”; siendo igualmente una imposibilidad prever que “El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social ...” (artículo 86).

De nuevo aquí, la intención es maravillosa, pero no para pretender regularla como un “derecho” constitucional con una obligación estatal correlativa cuya satisfacción es imposible. Se confundieron, en esta materia, las buenas intenciones y declaraciones sociales con derechos y obligaciones constitucionales, que originan otro tipo de relaciones jurídicas, incluso con el derecho de ser amparados constitucionalmente.

### *5. El excesivo paternalismo estatal y la minimización de las iniciativas privadas en materia de salud, educación y seguridad social*

En la regulación de los derechos sociales, en la nueva Constitución no sólo se pone en manos del Estado excesivas cargas, obligaciones y garantías, de imposible cumplimiento y ejecución en muchos casos, sino que se minimiza, al extremo de la exclusión, a las iniciativas privadas. En esta forma, aparecen regulados con un marcado acento estatista y excluyente servicios públicos esencial y tradicionalmente concurrentes entre el Estado y los particulares, como los de educación, salud y seguridad social.

Por ejemplo, en materia de salud, se dispone que para garantizarla “el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, ... integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad” (artículo 84). Se trata, por tanto, de un sistema público de salud, regulado como un servicio público gratuito que forma parte del sistema de seguridad social. Nada se dice en la norma sobre los servicios privados de salud, aún cuando en otro artículo se indica que el Estado “regulará las instituciones públicas y privadas de salud” (artículo 85).

En materia de seguridad social, el rasgo estatista del sistema es aún mayor: se declara la seguridad social como un servicio público de carácter no lucrativo, estando obligado el Estado “de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribu-

ciones directas o indirectas”, precisándose, además, que las cotizaciones obligatorias sólo “podrán ser administradas con fines sociales bajo la rectoría del Estado” (artículo 86). Se excluye así, en principio, toda iniciativa privada en materia de seguridad social y se minimiza la participación privada en la administración reproductiva de los fondos de pensiones.

En materia de educación, la tendencia estatista es similar: se regula la educación en general, como un derecho humano y un deber social fundamental; se la declara en general como “democrática, gratuita y obligatoria” y se la define como “un servicio público” que el Estado debe asumir “como función indeclinable” (artículo 102). Nada se indica, en la norma, en relación con la educación privada, y solo es en otro artículo que se consagra el derecho de las personas “a fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste” (artículo 106). La posibilidad de estatización de la educación, por tanto, no tiene límites en la Constitución, habiéndose eliminado del texto constitucional la disposición, que en la materia preveía la Constitución de 1961 de que “El Estado estimulará y protegerá la educación privada que se imparta de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en las leyes” (artículo 79).

En esta materia, la Asamblea violó nuevamente las bases comiciales al ignorar el carácter progresivo de la protección de los derechos humanos, y eliminar este derecho de protección que corresponde a la educación privada.

#### *6. La discriminación constitucional a favor de los pueblos indígenas y la siembra de principios desintegradores del Estado.*

Una de las novedades de la nueva Constitución ha sido la inclusión de un capítulo sobre derechos de los pueblos indígenas, sobre todo si se compara su contenido con la escueta norma que traía la Constitución de 1961 que se limitaba a remitir a la ley para el establecimiento del “régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación” (artículo 77).

La verdad es que de una idea de régimen de protección, en la nueva Constitución se pasó a un régimen discriminatorio en exceso respecto del resto de la población de nuestro territorio, al establecerse en general, un régimen de germen de un Estado dentro del Estado, con grave riesgo futuro a la integridad del territorio y de la nación.

Bien es sabido que al Estado se le define en el derecho constitucional como un pueblo, asentado en un territorio con gobierno propio. Esos tres componentes pueblo, territorio y organización política definen al Estado; y, éste solo puede ser uno. No puede haber varios Estados en un mismo territorio.

Sin embargo, en la Constitución, en el primero de los artículos relativos a los derechos de los pueblos indígenas, se señala que “El Estado reconocerá la existencia de los *pueblos* y comunidades indígenas, *su propia organización* social, *política* y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios *sobre las tierras* que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida” (artículo 119).

De nuevo, esta declaración de principios es un desiderátum humano, pero su consagración en un texto constitucional es cosa distinta: genera derechos y deberes y, en su forma, constituye el reconocimiento de un Estado dentro del Estado, con grave riesgo futuro a la generación de conflictos que afecten a la integridad territorial de la nación.

#### IV. EL PROBLEMA DE UNA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA CONCEBIDA PARA EL ESTATISMO INSOLVENTE

El paternalismo estatal en el campo social conduce inexorablemente a la concepción de una Constitución económica con una gran carga estatista. En efecto, la tercera parte de la Constitución, como toda Constitución contemporánea, está destinada a regular la Constitución económica, en la cual se establecen las reglas de juego del sistema económico del país, que sigue concibiéndose, en principio, como un sistema de economía mixta que se basa en reconocer la iniciativa privada y los derechos de propiedad y libertad económica, pero fundamentándolo en principios de justicia social, lo que permite la intervención del Estado en la economía, en algunos casos en forma desmesurada.

En esta materia, a pesar de que en las discusiones de la Asamblea se lograron establecer algunos equilibrios importantes entre la libertad económica y la intervención del Estado, quedó en la Constitución un marcado acento estatista, lo que aunado a las consecuencias fiscales del paternalismo social y del populismo que contiene, hacen inviable financieramente el rol del Estado, y originan un esquema de terrorismo tributario que informa el texto constitucional.

## 1. *La posibilidad casi ilimitada de intervención estatal en la economía.*

En efecto, la Constitución no sólo es manifiestamente estatista en materia económica, al atribuir al Estado la responsabilidad fundamental en la gestión y prestación de los servicios públicos básicos en materia de salud, educación y seguridad social, y de los de carácter domiciliario como distribución de agua, electricidad y gas, sino que ello también deriva de la regulación, en la misma, de un conjunto de potestades reguladoras de control y de planificación.

Las normas relativas a la economía, por tanto, son básicamente las destinadas a prever la intervención del Estado, destinándose a lo privado, en realidad, las escuetas normas reguladoras de la libertad económica (artículo 112) y de la propiedad privada (artículo 115). No existe, sin embargo, el equilibrio necesario entre lo público y lo privado, privilegiándose en el sector privado sólo actividades no fundamentales en la generación de riqueza y empleo, como la agrícola (artículo 305), la artesanía (artículo 309), la pequeña y mediana empresa (artículo 308), y el turismo (artículo 310).

A ello se agregan normas de control y persecución como las relativas a los monopolios y a los delitos económicos (artículos 113 y 114); la declaración del subsuelo como del dominio público, las costas marítimas y las aguas (artículos 112 y 304) lo que abre un campo ilimitado respecto del control estatal del uso y aprovechamiento de dichos bienes; la reserva al Estado de la industria petrolera, y la posibilidad de reserva de otras actividades, servicios o explotaciones de carácter estratégico (artículo 302); y las normas que preven las potestades planificadoras del Estado, tanto a nivel nacional (artículos 112 y 299) como a nivel local (artículo 178).

El Estado, así, en la Constitución es responsable de casi todo, y puede regularlo todo. La iniciativa privada aparece marginal y marginada. No se asimiló la experiencia del fracaso del Estado regulador, de control, planificador y empresario de las últimas décadas, ni se entendió la necesidad de privilegiar las iniciativas privadas y estimular la generación de riqueza y empleo por la sociedad.

El resultado del texto constitucional en materia económica, visto globalmente y en su conjunto, es el de una Constitución hecha para la intervención del Estado en la economía y no para el desarrollo de la economía por la iniciativa privada de acuerdo con el principio de la subsidiariedad de la intervención estatal.

## *2. La incapacidad financiera para la atención por el Estado de las tareas y responsabilidades que se le asignan.*

El Estado que se concibe en la nueva Constitución, cuando se analiza en su conjunto el enorme cúmulo de responsabilidades que se le atribuyen en el campo social, de la salud, educación, seguridad social y cargas laborales, con exclusión sistemática de las iniciativas privadas; es totalmente incapaz, financieramente, para atenderlas. Para la previsión de las regulaciones del Estado paternalista establecidas en la Constitución, no hubo cálculo alguno de costos, lo que coloca al Estado, si pretende asumirlas y cumplirlas, de entrada, en una situación de quiebra, por estar obligado a pagar más de lo que es capaz y puede recaudar en impuestos, máxime en un país en el cual no hay hábito ciudadano de contribuyente.

Si a ello se agrega la previsión con rango constitucional de que la gestión fiscal debe equilibrarse en un marco plurianual del presupuesto “de manera que los ingresos ordinarios deben ser suficientes para cubrir los gastos ordinarios” (artículo 311); no se entiende cómo será posible la atención por el Estado de todas las obligaciones que se le imponen.

## *3. La consagración del terrorismo fiscal como ilusión para resolver la insolvencia estatal y la desprotección de los contribuyentes.*

La enorme responsabilidad social atribuida al Estado y los costos financieros que conlleva su atención, por supuesto que implicarán la exacerbación del ejercicio de la potestad tributaria del Estado en sus diversos niveles territoriales y, de inmediato, en el nivel nacional y en el nivel municipal. Ello exigía, por sobre todo, el establecimiento de un adecuado equilibrio entre la potestad pública y los derechos de los individuos, de manera que el ejercicio de la primera no afecte la capacidad económica de los contribuyentes ni sus garantías constitucionales, que requieren de protección especial.

La nueva Constitución, en esta materia, no reguló nada específico sobre el necesario respeto de la capacidad contributiva de las personas ni sobre el principio de que la imposición debía revertir servicios públicos adecuados hacia los contribuyentes-ciudadanos. Nada se reguló, sobre las garantías constitucionales del contribuyente frente al ejercicio de la potestad tributaria, ya que es precisamente con ocasión de su ejercicio que todo el poder del Estado se puede volcar sobre los individuos. Al contrario, las únicas normas nuevas previstas en el texto en esta materia tienden

a castigar la evasión fiscal con penas privativas de la libertad personal (artículo 317), estableciéndose en las disposiciones transitorias normas destinadas a regularizar el terrorismo fiscal (disposición transitoria quinta), elaboradas pensando como si sólo las grandes empresas fueran contribuyentes, a quienes sólo hay que perseguir, e ignorando que en un sistema de Estado con incapacidad financiera estructural todas las personas son o deben ser potencialmente contribuyentes y, por tanto, sujetos de persecución fiscal.

En esta materia la Constitución se olvidó del ciudadano y de la protección y seguridad que había que brindarle.

#### 4. *La lesión a la autonomía del Banco Central de Venezuela.*

La nueva Constitución atribuye al Banco Central de Venezuela el ejercicio exclusivo y obligatorio de las competencias monetarias del poder nacional, atribuyéndole la autonomía necesaria para ello, sin perjuicio de la necesaria coordinación con la política económica general (artículo 318).

Sin embargo, esa autonomía se limita en el texto, con remisión a la ley, a tal punto que puede neutralizarse completamente, politizándose la gestión de la institución. Ello deriva de las siguientes previsiones: en *primer lugar*, de la posibilidad de regularse legalmente la remoción del directorio del Banco por incumplimiento de metas y objetivos de la política monetaria.

En *segundo lugar*, de la obligatoriedad de rendición de cuentas de su actuación, metas y resultados respecto de sus políticas, ante la Asamblea Nacional.

En *tercer lugar*, de la previsión de inspección y vigilancia del Banco por parte de la Superintendencia de Bancos.

En *cuarto lugar*, de la aprobación por la Asamblea Nacional del Presupuesto de gastos de funcionamiento e inversiones del Banco (artículo 319); y por último, conforme con la disposición transitoria cuarta, de la intervención de la Asamblea Nacional en la designación y ratificación de los miembros del directorio del Banco (ord. 8).

Con este esquema constitucional, la consagrada autonomía del Banco Central de Venezuela, puede ser minimizada, abriéndose campo a la politización de la Institución.

## V. APRECIACIÓN GENERAL: UNA CONSTITUCIÓN CONCEBIDA PARA EL AUTORITARISMO, EL PATERNALISMO ESTATAL, EL POPULISMO Y EL ESTATISMO INSOLVENTE

De lo anterior resulta que, en cuanto a la Constitución política, la nueva Constitución, cuando se analiza globalmente, de manera particular en los elementos antes mencionados, pone en evidencia un esquema institucional concebido para el autoritarismo, que deriva de la combinación del centralismo de Estado, del presidencialismo exacerbado, de la partidocracia, de la concentración del poder en la Asamblea y del militarismo que constituyen los elementos centrales diseñados para la organización del poder del Estado.

En nuestro criterio esa no es la Constitución política que la democracia requería para su perfeccionamiento, y que al contrario, debía haber estado montada sobre la descentralización del poder, un presidencialismo controlado, la participación política al balance entre los poderes del Estado y la sujeción de la autoridad militar a la civil.

Por su parte, en cuanto a la *Constitución social*, en la Constitución, al enumerar el elenco de derechos humanos y de garantías y obligaciones estatales, lamentablemente, abre la puerta para su limitación por el Ejecutivo mediante legislación delegada; y además, analizada globalmente, lo que muestra es un marginamiento de la sociedad y de las iniciativas particulares, haciendo recaer sobre el Estado todas las obligaciones imaginables, imposible de cumplir. Es una Constitución concebida para el paternalismo, lo que se traduce en populismo.

Esa no es la Constitución social que se requería para fundar una democracia social y participativa, para lo cual debió haber revalorizado la participación de todas las iniciativas privadas en los procesos educativos, de salud y de seguridad social, como actividades en las cuales tiene que existir una corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad.

Por último, la nueva Constitución, en su componente de *Constitución económica*, completa el cuadro paternalista de la Constitución social, inclinando el régimen constitucional hacia el Estado en lugar de hacia la iniciativa privada, originando un estatismo exagerado, con el riesgo de multiplicación de una voracidad fiscal incontrolable concebida para aplastar al contribuyente, al cual no se protege constitucionalmente.

Esa no es la Constitución económica que se requería para fundar la política de desarrollo económico que requiere el país, que tiene que apun-

tar hacia la creación de riqueza y empleo y que el Estado es incapaz de lograr, sin la decisiva participación de las iniciativas privadas, que lejos de ser perseguidas, deben ser protegidas e incentivadas.

Por todo lo anterior, es que hemos señalado que la Constitución de 1999 no ha introducido los cambios que requería el país, con motivo del momento constituyente que originó la crisis del modelo político de Estado centralizado de partidos, establecido a partir de 1945 y reestablecido en 1958, y que exigía para perfeccionar la democracia y hacerla más representativa y participativa, estructurar un Estado democrático descentralizado y participativo. Nada de esto se logró, por lo que sólo la historia dirá si esta Constitución es la última del cuarto de los periodos histórico-políticos de Venezuela o la primera del quinto.



## SOBRE LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ DE HOY (REFLEXIONES AL INICIO DE 2000)

Domingo GARCÍA BELAUNDE

SUMARIO: I. *Exordio*. II. *¿Cuántas Constituciones?* III. *La Constitución de 1993*. IV. *¿Sirve para algo la Constitución de 1993?* V. *El problema de los derechos humanos*. VI. *¿Tiene futuro la Constitución de 1993?* VII. *Las elecciones de 2000*. VIII. *¿Qué hacer con la Constitución de 1993?*

### I. EXORDIO

Lo primero que cabe preguntarse es si existe una problemática constitucional en el Perú de hoy, y la respuesta, por cierto, es positiva. A nivel constitucional, hay sin lugar a dudas, una situación compleja que se debe tener presente, y sobre todo, afrontarla con realismo y en toda su magnitud.

Lo anterior queda como un primer punto de aproximación. Lo segundo es advertir que, según piensan algunos, asegurada o resuelta dicha problemática, la situación peruana cambiará rápidamente, y como por ensalmo, arreglando todos los problemas habidos y por haber. Y esto, lamentablemente, no es cierto.

Asegurar la situación constitucional, su normalidad y su vigencia, es condición necesaria, pero no suficiente, para que exista una democracia en forma. Esto es, el aparato constitucional es un conjunto de reglas de juego que sirven en la medida en que, *a*) exista un ambiente político apropiado para su funcionamiento, *b*) se den las condiciones necesarias en la sociedad y en la opinión pública para su aceptación, y sobre todo, una cultura democrática, y *c*) la clase política y el equipo de gobierno, apuesten por la constitucionalidad, entendida como un plexo de normas que deben ser respetadas.

Dicho en otras palabras, si no hay un consenso para aceptar tales reglas, las Constituciones no servirán para nada. Y esto hay que tenerlo muy presente, pues en América Latina se ha dado una suerte de “espejis-

mo constitucional”, que consiste en ver realidades en donde sólo existen buenas intenciones. Y además, creer, lo cual es una falacia, que la sola existencia de normas constitucionales será más que suficiente para que las cosas se enderecen y la sociedad civil funcione.

Esta manía de las Constituciones, se ha vuelto recurrente en América Latina desde hace aproximadamente treinta años, lo cual tiene su explicación. Pero ello no debe impedirnos ver la realidad, por un lado, y señalar el hecho, por otro.

## II. ¿CUÁNTAS CONSTITUCIONES?

En una frase que se ha hecho célebre, el prestigioso jurista Manuel Vicente Villarán, a la altura de los años veinte del siglo pasado, decía que el Perú había vivido haciendo y deshaciendo Constituciones. En efecto, proclamada su independendencia en 1821, el Perú ha tenido hasta la fecha doce Constituciones, lo cual arroja un promedio de una por cada quince años. Y esto, sin contar los numerosos estatutos y normas genéricas que en determinados periodos de nuestra historia, hicieron las veces de tales (con lo cual, de las doce formales que existen, excederíamos la veintena).

Las Constituciones que, en sentido estricto hemos tenido, son las siguientes:

- 1) 1823, la primera de todas, si bien nunca entró en funciones.
- 2) 1826, dada por el libertador Bolívar, que duró seis fugaces meses.
- 3) 1828, a la que Villarán calificó, con toda justicia, como la “madre de nuestras Constituciones”, pues sentó las bases del país unitario, pero descentralizado, los tres poderes del Estado, los derechos fundamentales, etcétera. Este esquema se ha mantenido con ligeras variantes hasta la Constitución de 1933 lo cual demuestra que aquel texto fue realmente importante.
- 4) 1834, en realidad es una revisión de la carta anterior, a la que sigue en sus grandes lineamientos.
- 5) 1839, conocida como la Constitución de Huancayo, por haber sido sancionada en esa ciudad, fue otorgada por el gobierno autoritario de Gamarra. Y que tuvo su razón de ser, por haber sido aprobada para restaurar la unidad del Perú, tras la Confederación Perú-boliviana.
- 6) 1856, una Constitución liberal, que duró poco.

7) 1860, de orientación conciliadora, fue considerada equilibrada y equidistante de las posiciones extremas del momento: liberalismo y conservatismo. Duró largos años; en realidad hasta 1919.

8) 1867, repitió la de 1856, pero un levantamiento popular la puso de lado y restableció la Constitución de 1860. Tuvo vigencia efímera.

9) 1920, es la primera Constitución del siglo XX, moderna y ordenada en comparación con las otras, y que además aportó algunas novedades. Lamentablemente, el gobierno que la propició e hizo aprobar, pronto la incumplió y le sirvió para sucesivas reelecciones y continuos actos autoritarios que la desprestigiaron.

10) 1933, desde un punto de vista formal era innecesaria, pero surgió como producto de un golpe militar, que precisamente derrocó al gobierno dictatorial, que había abusado de la anterior Constitución de 1920.

11) 1979, es modélica y rompe esquemas de todo el constitucionalismo anterior. En lo económico, fue transaccional con su época, a la que hizo demasiadas concesiones. En lo demás, es muy avanzada.

12) 1993, la actual, fruto de un golpe de Estado, fue otorgada tan sólo para garantizar la reelección del actual presidente Fujimori, careciendo de toda originalidad. Si bien con un modelo económico distinto, repite la estructura de la anterior, y tiene notables retrocesos.

De todas éstas, en lo estructural, las únicas que nos interesan, por la influencia que tuvieron, son la de 1828 y la de 1979.

Desde un punto de vista político, las que tuvieron real vigencia y así fueron sentidas, fueron las de 1828 (de carácter fundacional), la de 1839 (porque reunificó al país), la de 1860 (por la larga influencia que tuvo), la de 1933, porque puso fin a una dictadura y dio inicio a una larga serie de gobiernos, tanto democráticos como autoritarios, y la de 1979, que puso fin a una dictadura, concilió diversos extremos entonces existentes en la sociedad, introdujo nuevas instituciones constitucionales y trajo la modernidad al nuevo texto, acorde con las nuevas tendencias constitucionales de la segunda posguerra.

El problema que tenemos el día de hoy, es la Constitución vigente de 1993, que ni es modélica ni ha servido para ningún ejercicio democrático, sino que ha cohonestado excesos y atropellos de todo orden.

### III. LA CONSTITUCIÓN DE 1993

En 1990 fue elegido presidente de la República, el ingeniero Alberto Fujimori, para un periodo de cinco años de conformidad con la Constitución de 1979, entonces vigente. Cabe advertir que Fujimori, durante los últimos años, había tenido una actividad política discreta y que en su campaña electoral no había hecho una sola referencia a la Constitución de 1979, a la que declaró respetaría y acataría en todos sus extremos. Aún más, al asumir el mando, como era de estilo, juró cumplir el texto constitucional vigente en ese momento.

Sin embargo, como Fujimori era un *outsider* de la política, no tenía gente ni partido organizado y no cuidó sus listas parlamentarias, de manera tal que en el Parlamento (en sus dos cámaras), sus partidarios no llegaban al 25% en cada una de ellas. Por tanto, en un país de corte presidencial, pero que requiere del Congreso para dar leyes, era necesario tener un apoyo parlamentario, y si se carecía de él, había que buscarlo y armarlo con la oposición y los independientes (como, se hace en los países de tradición democrática). Lamentablemente, Fujimori no sólo no tenía una mayoría parlamentaria, sino que tampoco hizo algún intento de buscar apoyos o alianzas con otros grupos; por el contrario, se dedicó a hostilizar a sus adversarios y a hacer desplantes a la clase política, tratando de desprestigiarla ante la opinión pública. Dicho en otras palabras, dejó de lado las reglas de juego, inició una serie de ataques a la oposición y decidió apoyarse en la cúpula militar para todo su accionar. Así las cosas, el golpe de Estado fue planeado y se hizo realidad el 5 de abril de 1992, momento en el cual, Fujimori dismanteló todas las instituciones y las cubrió con gente adicta (defenestró al Poder Legislativo, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal de Garantías Constitucionales, Poder Judicial, etcétera). Su idea era instaurar una democracia directa, de base plebiscitaria, lo que no pudo hacer, pues la presión internacional fue muy grande, y la Organización de los Estados Americanos lo obligó a regularizar su situación, para lo cual se avino a convocar a una asamblea constituyente, para hacer una nueva Constitución. Fujimori sostenía que la Constitución de 1979 era la causante de todos sus males, y en consecuencia, si la cambiaba totalmente y se le daba una nueva, todo iría sobre ruedas.

Esta idea de hacer depender la felicidad de la República del texto constitucional, es una de las falacias que rápidamente se vendió en aquel

momento, como antes lo hicieron otros gobernantes en América Latina, y hoy lo hace Hugo Chávez, en Venezuela. Pero al parecer, el auditorio escuchó el mensaje y le creyó. Se hizo así una nueva Constitución, copia y calco de la de 1979, pero aligerada, deformada, con notables carencias, con rasgos antidemocráticos y con un título económico moderno, acorde con los tiempos liberales.

A todas luces, la Constitución de 1993 era innecesaria, pues una simple reforma a la de 1979, como se hizo en Bolivia o en la Argentina (1994), o los varios cambios que se han hecho en el Brasil, eran más que suficientes. Pero existía, en aquel entonces, el prurito de lo nuevo y la sensación de que una nueva Constitución era lo que requería el nuevo estado de cosas y la puesta en marcha de un nuevo periodo en nuestra historia.

#### IV. ¿SIRVE PARA ALGO LA CONSTITUCIÓN DE 1993?

La Constitución de 1993, sancionada por el así llamado Congreso Constituyente Democrático y ratificada por un referéndum (a decir verdad, bastante discutible), empezó a regir de inmediato y sirvió para la inmediata reelección presidencial de Fujimori, algo que la tradición constitucional peruana prohibía desde el siglo pasado. Es decir, en países tan centralizados, con una fuerte tradición autoritaria, con opinión pública débil y dividida, con escasas instituciones y sin contrapesos importantes (el Parlamento nunca lo fue), la no reelección era casi un principio histórico de nuestro constitucionalismo, al igual que en casi toda Latinoamérica (esto, en Europa, no es bien entendido por la distinta situación política existente, y porque casi todos sus países tienen regímenes parlamentarios o semiparlamentarios, y gran parte de ellos tienen una avanzada descentralización política, e incluso federal o federalizante). Pero este afán reeleccionista se impuso, y su onda expansiva ha alcanzado a otros países de América Latina (Brasil, Argentina, Ecuador, Venezuela).

Ahora bien, cabe preguntarse para qué ha servido la nueva Constitución. Antes que todo, indicar que, si bien dicho texto tiene indudables retrocesos (por ejemplo, en materia de descentralización), o concesiones innecesarias a la Fuerza Armada (el fuero militar es irrevisable por el Poder Judicial, salvo en el hipotético caso de aplicación de la pena capital, lo que no ha sucedido hasta ahora), y defectuosa técnica legislativa (como se ve en el apartado dedicado al Congreso), tiene también algunos avan-

ces, que son reflejo de los tiempos, y más aún, con un buen manejo político, podría tener un cariz democrático.

Pues bien, hasta 1995 el gobierno, salvo algunas excepciones, tuvo en cierto sentido un comportamiento decoroso, lo que duró aproximadamente hasta mediados de 1996. En ese momento, sintiéndose seguro con una mayoría parlamentaria y con el respaldo de la cúpula militar, el gobierno inicia un paciente proceso de concentración del poder, que reduce sutilmente los espacios democráticos, hasta llegar a la asfixia.

Así, se suceden diversas tentativas de copar las instituciones políticas, y se interviene sutilmente y con una metodología subliminal, el manejo no sólo del Congreso (en manos de incondicionales), sino el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Tribunal Constitucional (que es mutilado cuando tres de sus miembros son destituidos por el Congreso), el Jurado Nacional de Elecciones, así como de los demás órganos electorales, con lo cual todo el aparato del Estado y sus numerosas dependencias, cayeron bajo el control cívico-militar. Libre de esta incursión, sólo queda el defensor del pueblo, a quien se ha tolerado, no obstante las denuncias que ha efectuado, y que comprometen seriamente la conducta del régimen. Y adicionalmente, los municipios, a los que sin embargo se les han recortado recursos y les han quitado facultades. Pero en sustancia, a las violaciones y excesos del periodo 1995-1996 se ha añadido desde esa época un manejo autoritario del aparato estatal, con el respaldo de una cúpula militar totalmente desbordada.

Entre los numerosos excesos y abusos cometidos, se encuentran: contra los derechos humanos, el hostigamiento a la prensa independiente, a los empresarios disidentes, así como la anulación del referéndum y del plebiscito, y otros atropellos ampliamente conocidos. Por último, una mayoría adocenada aprobó una ley que calificó de *auténtica* (ley 26657 de 23 de agosto de 1996), con la que se pretende reinterpretar mañosamente a la Constitución, para que Fujimori se pueda postular a un nuevo periodo, con lo cual, teóricamente, puede quedarse en el poder hasta 2005. Algo que, no está permitido por la Constitución de 1993, y que tampoco estuvo en los debates constituyentes.

Los hechos anteriores, que hemos reseñado en forma por demás sucinta, demuestran que la Constitución de 1993 sólo se aprobó para permitir a Fujimori salir de un *impasse* muy serio; congraciarse con la comunidad internacional que no veía con buenos ojos el golpe de Estado, y continuar sus buenas relaciones con las instituciones financieras interna-

cionales. Y además, afianzó su poder y le permitió una reelección, sin importarles su propia Constitución, a la que violó tan pronto pudo y en forma por demás reiterada, conciente y premeditada. Dicho en otras palabras: a Fujimori, la Constitución Política del Perú no le interesa y a su mayoría parlamentaria, tampoco. Le sirvió para fines concretos, pero hoy les incomoda, y por eso no tienen la menor vacilación y desenfado para violarla cuando es necesario. Es decir, la Constitución bajo el fujimorismo es sólo un pretexto para gobernar, no es un instrumento de gobierno, como en cualquier sociedad democrática.

Aún más, la Constitución ha sido instrumentalizada para servir al gobernante las veces que eran necesarias, de manera tal que, a la larga, la han vaciado de contenido. Y esto ha ocurrido con actos, omisiones y numerosas leyes inconstitucionales que se han aprobado en los últimos años, y con el sistema policiaco de intimidación que se practica con la oposición (en especial, el caso del empresario de la televisión Baruch Ivcher).

## V. EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Entre los múltiples problemas que afronta el actual régimen, está el relacionado con los derechos humanos, en donde los excesos no han hecho más que repetirse. Y como si no fuera poco, en diciembre de 1996, el Congreso aprobó la Ley General de Amnistía núm. 26700, que cubría con un manto de olvido todo lo sucedido con anterioridad, a fin de dejar en la impunidad las violaciones a los derechos humanos que se habían dado en años anteriores y precisamente durante este régimen. Son casos muy conocidos, pues han salido a la luz pública, las torturas efectuadas por miembros de la Policía Nacional, los numerosos desaparecidos de los que no ha quedado rastro ni investigación alguna, las violaciones domiciliarias, el acoso policial, la intimidación con el recorte de avisaje (a las empresas periodísticas y televisivas), las revisiones tributarias permanentes, todo hecho de manera bastante sutil como para desarmar a la oposición, así como la intervención directa en el Poder Judicial, que hace que las demandas de protección de derechos, e incluso de derechos fundamentales, a través del *habeas corpus* o del amparo, no tengan mayor fortuna.

Desahuciada toda posibilidad de obtener justicia en el ámbito doméstico, las partes afectadas se han animado a ir a las instancias supranacionales, no obstante su lejanía, el costo y el tiempo que ello significa. Y así

se han instaurado diversas denuncias, muchas de las cuales han llegado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha fallado en varias oportunidades contra el gobierno del Perú y éste ha acatado sus decisiones (como es el caso de la profesora María Elena Loayza, en 1997).

Sin embargo, a raíz de la sentencia recaída en Castillo Petruzzi y otros, de 30 de mayo de 1999, el gobierno perdió la compostura y se apresuró a denunciar el proceder de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, orquestando una campaña con la prensa servil para desprestigiar al sistema interamericano.

Indudablemente, de una lectura atenta de la sentencia de la Corte Interamericana en este caso, no se desprende demasiado rigor en la argumentación, y parece más bien, que en algunos puntos no han considerado la realidad. Sin embargo, la sentencia tiene grandes aciertos, y en todo caso, se trataba de un instrumento legal definitivo que podía ser objeto de aclaración o precisión, y en cualquier circunstancia, de ineludible cumplimiento.

El Perú, como se sabe, firmó el Pacto de San José en 1978 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por expresa disposición constitucional (decimosexta disposición final de la Constitución de 1979) y la ratificó ante las oficinas de la Organización de Estados Americanos, en enero de 1981, sin reserva alguna.

Pues bien, en esta oportunidad invocó su soberanía y declaró, mediante Resolución Legislativa núm. 27152 que sancionó el Congreso, su retiro inmediato de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, de 7 de julio de 1999. Las fuentes oficiales adujeron que no se trataba de una *denuncia* que hubiera hecho necesario la observación de los plazos señalados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sino de un *retiro*, que era algo totalmente distinto y al margen de los usos, y que, por tanto, podía hacerse de manera inmediata (lo cual, sin lugar a dudas, es un argumento débil, toda vez que los tratados tienen reglas generales que observar y no pueden las partes crear unilateralmente normas procesales, más aún teniendo en cuenta que en el lenguaje internacional, denuncia y retiro son equivalentes). Y así, el llamado retiro inmediato sirvió de pretexto para no cumplir la sentencia emanada de la Corte Interamericana, no obstante que para dicho proceso el gobierno se apersonó, contestó la demanda, dedujo excepciones, nombró un juez *ad hoc* y abogados de la defensa. Y por cierto, manifestaron que tampoco continuarían atendiendo los procesos en trámite, iniciados cuando tal retiro no existía.



El comportamiento del gobierno peruano, en este punto, es sin lugar a dudas bochornoso, y merece una severa censura. Si el gobierno del Perú, signatario del Pacto de San José desde 1978, sujeto a la competencia contenciosa de la Corte desde 1981, y procesado en diversas oportunidades en los últimos años, no le gustaba el proceder de la Corte y estaba descontenta con su proceder, ha debido denunciar el Pacto en su totalidad, o en su defecto, hacer una denuncia parcial (lo cual es discutible), y respetar los plazos señalados por la Convención de Viena. Al no hacerlo, demuestra no tener respeto ni a los tratados internacionales de los que es signatario, ni menos aún a los derechos humanos de su población. Y este es, sin lugar a dudas, el punto neurálgico de un gobierno, al iniciarse el nuevo milenio, ya que el respeto a los derechos humanos, consagrados en la Constitución, es la piedra de toque de todo constitucionalismo democrático. Y esto es lo que, decididamente, abona en contra de la Constitución de 1993.

## VI. ¿TIENE FUTURO LA CONSTITUCIÓN DE 1993?

Es muy difícil decir si una Constitución política tiene futuro o no. Aun los mejores textos, hechos con la mejor de las intenciones, están sujetos siempre a un futuro que es imposible pronosticar. Recuérdese a la Constitución francesa de 1958, de la que se pensó que no sobreviviría a De Gaulle, pero que sigue vigente. O la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que fue pensada tan sólo como instrumento temporal de gobierno en tanto el país estuviese dividido (la reunificación de Alemania ha traído muchos cambios, pero ello no ha significado la sustitución del texto de 1949 por otro).

Ahora bien ¿qué hace que una Constitución sobreviva a su entorno? Si bien es difícil decir qué futuro tiene una Constitución, podemos plantearlo de manera distinta, casi con el mismo sentido, y más bien preguntarnos ¿qué posibilidades tiene una Constitución de sobrevivir?

La respuesta, por cierto, es hartó complicada. Así, nadie pensó que la carta magna de 1215 sobreviviría tantos siglos. En el fondo, debemos tener presentes muchos factores. El primero, es la tradición del país, pues si se afilia o enrola en el sistema o familia jurídica romanista, lo más probable es que los cambios o el remplazo de las normas, venga tarde o temprano.

El otro punto es el ánimo con el cual se hacen las cosas. Si hacemos algo con buena voluntad, con el afán de que dure, y además, para servir a cualquier persona y no sólo a los autores, lo más probable es que el texto tienda a durar.

Pero podemos darle la vuelta a la pregunta y hacerla de la siguiente manera: ¿Cuándo es que las Constituciones duran poco? La respuesta también es difícil, pues existen varios factores que pueden condicionar la brevedad de su existencia. Pero en general, quizá el más importante factor sea la manera como la opinión pública ve la Constitución, y sobre todo, como funciona ésta.

La opinión pública nunca tuvo una buena recepción de la Constitución de 1993, a tal extremo que en un referéndum dudoso —existen muchas violaciones en el manejo electoral que lamentablemente nunca se procesaron— el oficialismo y la nueva Constitución obtuvieron el 52% de la votación, contra el 48% que se pronunció en forma adversa, lo cual indica que el nuevo texto no atrajo sobre sí una simpatía arrolladora, como ha sucedido en otros referendos constitucionales (en España, por ejemplo, la Constitución de 1978, se aprobó en referendo con el 88% de votos a favor).

Por otro lado, se ha vivido un proceso de continua desconstitucionalización, esto es, de pérdida de vigencia de la Constitución, pues no sólo se han deformado sus alcances, sino que muchos de sus prometidos enunciados han sido mutilados o incumplidos (como el relativo a la creación de las regiones, que debió haberse dado en 1995).

Finalmente, se tiene la sensación de que la Constitución se usa en y para beneficio de Fujimori y de sus colaboradores más cercanos, con lo cual, en lugar de ser un instrumento de gobierno, se ha convertido en un pretexto para cualquier exceso, casi como un vestido a la medida.

Esto significa, que el texto, nacido para satisfacer a Fujimori y permitirle gobernar, es precisamente eso y no una auténtica Constitución democrática. Es decir, a nivel institucional, el gobierno tiene un déficit notable.

Por todos los indicios que se ven, parece ser que la Constitución de 1993 está unida en forma irremediable al gobierno de Fujimori, que la instrumentaliza en lo que es necesario y a su antojo.

Y es fácil desprender de lo expuesto, que estando unida tan fuertemente a Fujimori, es difícil que el texto en cuanto tal, tenga posibilidades de sobrevivir cuando ya no esté en el Fujimori poder.

## VII. LAS ELECCIONES DE 2000

Como ya hemos señalado, la Ley 26657 de agosto de 1996 estableció, mediante un artilugio, la posibilidad de una nueva reelección del actual mandatario, con lo cual, a los dos periodos gozados (1990-1995, 1995-2000) podía añadir un tercer periodo del 2000 al 2005, es decir, un total de quince años, que nadie lo imaginó y que ninguna norma permite.

Esta ley fue objeto de múltiples cuestionamientos. En primer lugar, los grupos de oposición iniciaron la recolección de firmas para ir a un referéndum popular, que cuestionase esta nueva norma, pero el Congreso cambió las reglas del juego y el ente electoral añadió más cortapisas de las que ya existían. Y al final, la recolección de más de un millón de firmas, quedó en nada. Luego se intentó su derogación, pero la mayoría oficialista en el Congreso, lo impidió. Finalmente, se pensó en ejercer una acción ante el Tribunal Constitucional, pero se produjo un cisma al interior de este órgano, que terminó haciendo dos pronunciamientos contradictorios, y meses después, el Congreso procedió a destituir a tres magistrados del Tribunal Constitucional, con lo cual éste se quedó sin quórum para ventilar las acciones de inconstitucionalidad.

Sólo quedaba, como última valla, el Jurado Nacional de Elecciones, que de acuerdo a la tradición constitucional peruana, es el órgano electoral por excelencia, una suerte de tribunal electoral, que en 1994, en resolución emitida con motivo de una tacha promovida por un ciudadano, interpretó que el artículo 112 de la Constitución de 1993, sólo permitía una reelección inmediata, pero no dos.

Finalmente, el 27 de diciembre de 1999, el presidente Alberto Fujimori, a través de un mensaje grabado que se difundió por televisión, anunció que se postularía por tercera vez a la presidencia de la República, y en consecuencia, intentaría un tercer mandato consecutivo.

Como lo único que quedaban eran las tachas ante el órgano electoral, fueron de inmediato presentadas por grupos y partidos de oposición, las cuales fueron vistas en audiencia pública el 31 de diciembre de 1999, y resueltas pocas horas más tarde, se les declaró infundadas, refugiándose en artilugios procesales y soslayando la prohibición constitucional. De esta suerte, el camino legal para impedir una tercera candidatura consecutiva, reñida con la historia y con nuestra tradición y normativa constitucionales, ha quedado habilitada. A nivel jurídico-formal, no hay nada más que hacer.

¿Y por qué sucedió esto? El Jurado Nacional de Elecciones había tenido, por lo menos hasta 1993, una trayectoria destacada por su seriedad y honestidad, lo que empezó a decaer ese año en forma ostensible. La legislación fue modificada expresamente meses antes, y también varios de sus miembros fueron reemplazados por otros, adictos o controlados por el régimen. El cuadro legal, totalmente amañado, quedó así concluído. Y con esos arreglos, el Jurado Nacional de Elecciones se limitó a aceptar la candidatura de Fujimori a un tercer periodo (lo que años atrás no hubiera hecho).

¿Qué perspectivas existen sobre las futuras elecciones que se celebrarán el 9 de abril de 2000? En realidad, hay diversos problemas que aquí pueden barajarse, pero teniendo en cuenta que el proceso electoral se maneja desde una central de computadoras, controlada por el ente electoral, pero supervisada por el ejército, cuya cúpula apoya a Fujimori, es de presumir que aquí va a existir una suerte de fraude electrónico, para favorecer al candidato-presidente. Sin embargo, hay algunas interrogantes que quedan flotando:

a) ¿Será posible alterar los resultados electorales? Y si esto es así ¿sólo en parte o totalmente?

b) ¿Podrá el candidato-presidente superar el 50% de los votos válidos para evitar la segunda vuelta electoral, prevista en la Constitución?

c) En caso de que sea inevitable una segunda vuelta, ¿quién ganará en ella, teniendo en cuenta que la oposición cerrará filas contra el candidato-presidente?

d) En cualesquiera de los casos, ¿es posible que el candidato-presidente obtenga una holgada mayoría parlamentaria que le permita gobernar? Y en caso contrario ¿qué sucederá con un candidato ganador de la oposición, pero con un Parlamento adverso? ¿se repetirá, en estos supuestos, el golpe de Estado que en 1992 propició el mismo Fujimori?

Es difícil poder contestar estas preguntas, cuando faltan todavía algunos meses para la contienda electoral. Más aún, cuando la realidad política es volátil en extremo. Pero algo es sumamente claro: Fujimori, desde que se dio la famosa Ley Auténtica de Interpretación de la Constitución que le permitía postularse a un tercer periodo, no ha hecho otra cosa que preparar el camino para quedarse en el poder, y para eso no ha reparado en los medios para hacerlo. Todo ha sido preparado para el continuismo, guardando las formas, pero demoliendo la institucionalidad. Por tanto, es

improbable que Fujimori, tan cuidadoso en sus movimientos políticos, pueda cometer semejante resbalón.

Por cierto, el azar existe no sólo en la historia, sino en la política. Y cualquier cosa podría suceder a última hora. Pero lo que sí puede aseverarse, es que si la tercera reelección se consuma y se inaugura el tercer periodo presidencial consecutivo de Fujimori, es muy probable que se haya puesto la soga al cuello y esté ingresando en la recta final de su carrera política. Y por todos los signos existentes, todo parece indicar que este sería el principio del fin, si bien no sabemos cuando será, ni cómo.

### VIII. ¿QUÉ HACER CON LA CONSTITUCIÓN DE 1993?

Si aceptamos el razonamiento expuesto líneas arriba, es claro que la actual Constitución política, seguirá vigente en tanto y en cuanto se mantenga el actual régimen autoritario de Fujimori, ya que si bien ella tiene apartados de contenido democrático, ha convivido sin dificultad con el régimen que se encargó de negarla y de hacer lo contrario de lo que ella prescribía. Pero, por otro lado, tan pronto el gobierno de Fujimori, o eventualmente su heredero, quede de lado y se vuelva a un régimen auténticamente democrático y representativo, lo más probable es que la Constitución de 1993, desaparezca. Y así ha sido, en efecto, la historia nuestra, ya que cuando han caído los dictadores, al hacerlo arrastraban a todo lo que los había acompañado durante su periodo gubernativo.

Por cierto, hay excepciones, como es el caso de la Constitución chilena de 1980, auspiciada y aprobada por Pinochet, que sin embargo, se ha mantenido hasta ahora, como parte del precio que ha tenido que pagar la sociedad chilena para su retorno a la vida democrática. Aunque la presencia de Pinochet y el pinochetismo son todavía una realidad en Chile, no sabemos que pasará cuando tal influencia desaparezca del todo, lo que decididamente no puede tardar. No obstante, hay que tener presente en el caso de Chile, que pese a su permanencia formal, la Carta de 1980 ha sufrido grandes cambios en los últimos tiempos, que precisamente, han permitido la vida democrática en ese país y que son fruto del entendimiento entre los diversos actores en juego.

En fin, volviendo a lo nuestro, manejamos la hipótesis de trabajo que desaparecido el fujimorismo, su Constitución, la de 1993, debe desaparecer igualmente. Pero si esto es así, y como en la política existe el *horror vacui*, la pregunta que surge es ¿qué hacer con el vacío que deja esa

Constitución? La Constitución de 1993 es, sin lugar a dudas, un documento interesante con rasgos autoritarios, que pudo haber tenido un mejor destino, pero que ha sido manejada arbitrariamente, y en consecuencia, ha perdido toda credibilidad ante la opinión pública democrática del Perú.

Muchos han sostenido, que cuando la Constitución de 1993 desaparezca, tarde o temprano, lo que hay que hacer es volver a la Constitución de 1979, democrática, pluralista, ejemplar y modélica desde todo punto de vista.

Y es que, como hemos señalado anteriormente, la Carta de 1979 es fundante en nuestra historia constitucional, y sólo comparable a la de 1828, en la medida que formalmente ha variado nuestro panorama en ciento ochenta grados.

Y desde el punto de vista sociológico y político, es una Constitución que ha permitido el libre juego de las instituciones, tanto las de carácter político como electoral, y además, trajo una nueva conciencia de los derechos humanos.

Pero, desde 1979 a la fecha, han pasado algunos años, en realidad más de veinte, y su simple y llana puesta en vigencia, traería algunos problemas de adaptación, sobre todo, en el modelo económico, ya que lo aprobado en 1979 era un modelo económico más bien ambiguo y con rasgos populistas, y lo incorporado en la Constitución de 1993, acorde con los tiempos, es una economía de mercado simple, no obstante algunas declaraciones en contrario. Es decir, la Constitución de 1979 es hija de su tiempo, lo cual no tiene nada de extraño, más aún cuando vemos que países avanzados como el Japón tienen una Constitución vigente desde 1949, e igual lo vemos en otros países europeos que han alcanzado un desarrollo impresionante, sin cambiar de Constitución (como es el caso de Italia y Alemania), el problema no está, pues, en la Constitución.

Pero claro, para que no exista un divorcio con los hechos y sobre todo con el actual rumbo de los tiempos, será inevitable introducir en la Constitución de 1979, diversas reformas que la hagan más ágil y más operativa, y esto es perfectamente posible. Aún más, hay muchos países que lo han hecho y han mantenido su desarrollo económico e institucional sin alteraciones (caso de Argentina, con su reforma de 1994 a la vieja Constitución de 1853, y de México, que mantiene vigente la Constitución de 1917, reformándola las veces que es necesario).

Pero hay otra alternativa que muchos han considerado y que no hay que descartar del todo, y es el hecho de que se apunte a una nueva Constitución, que sería la decimotercera de nuestra agitada vida republicana.

Por cierto, el hecho de hacer una nueva Constitución, aun cuando sólo sea para festejar el paso de la autocracia a la democracia, es ya una fiesta. Pero no es nada agradable caer en el juego ingenuo de hacer Constituciones, como si se tratase de cambiar una prenda de vestir por otra.

Por tanto, es un hecho que la Constitución de 1993 no podrá sobrevivir al fujimorismo, lo ideal, que sería restaurar la vieja Constitución de 1979 (modélica en todo sentido), quizá choque con los trajines de la actividad política en aquel momento, y es probable por eso, que la élite política y la opinión pública se enderecen, decididamente, a redactar una nueva Constitución en lugar de modernizar y poner en marcha la de 1979, que desde un punto de vista teórico, es quizá lo más aconsejable.

Si llegamos a esa nueva Constitución —porque aquí estamos haciendo futurología— es clarísimo que tenderá a recoger lo más importante de la Carta de 1979, con los discretos aportes de la Carta de 1993, pero tratando de incorporar el espíritu de la de 1979, y todo dentro de un plexo democrático y representativo.

Pero, todo esto no son más que especulaciones, que no sabemos si se cumplirán. Ello depende de muchos factores, los que en última instancia, serán los que orienten los hechos y determinen el rumbo a seguir. Y los que marcarán los primeros años del tercer milenio.

## TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL. LA CONSTITUCIÓN GUATEMALTECA DE 1985

Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA\*

Las desventuras constitucionales de Guatemala tienen fecha siempre. Las desventuras recientes datan de 1954, cuando se produjo una intervención extranjera que dio por tierra con el régimen constitucional, que se desenvolvía bajo la guía de la Constitución de 1945, que inicia el ciclo del constitucionalismo social en el país, y que servía de amparo a un excelente proceso de transición democrática que sucedía a las dictaduras liberales en su etapa final, que sucumbieron en la región en la Segunda Guerra Mundial.

A la caída del gobierno del presidente Jacob Arbenz, el segundo de los dos gobiernos revolucionarios —el primero había sido el doctor Juan José Arevalo— se derogó la Constitución vigente de 1945, la que fue sustituida por una nueva en 1956, que recogió el nuevo programa conservador. En ella, se fortaleció de nuevo el poder presidencial, se atenuaron las disposiciones de carácter económico-social, se fortaleció la propiedad privada y se protegieron ampliamente las inversiones extranjeras. Se inició un régimen de exclusión política, estableciendo prohibiciones drásticas para toda actividad marxista, poniendo bajo el control del Poder Ejecutivo la organización de las elecciones, la calificación de los resultados y la autorización de la participación política. Sin que fuera necesario, dadas las características de los regímenes, esta Constitución fue derogada y sustituida por la de 1965, que sigue su misma línea y que profundiza algunos aspectos, especialmente en el tratamiento del régimen de propiedad y en el régimen electoral y de partidos, en el que lleva al límite el marco

\* Coordinador del Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, catedrático del posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala y presidente de la Academia de Geografía e Historia de Guatemala.



de exclusión. Pero se produce una tecnificación del aparato constitucional y un avance en algunas instituciones, como la justicia constitucional. Estuvo vigente hasta el golpe de Estado del 23 de marzo de 1982, que al derrocar al último de los generales que hicieron turno para apropiarse de la presidencia, se apresuró a derogarla.

Ese golpe de Estado señala el inicio de un proceso de transición democrática. Una parte del ejército presentó una actitud punitiva contra la cúpula de la institución a la que responsabilizó del desastre. Era explícita al apuntar sus motivaciones: el abuso de prácticas electorales fraudulentas, el fraccionamiento de las fuerzas democráticas y el desorden y corrupción en la administración pública.

Se emitió una Ley Electoral específica para elegir una Asamblea Nacional Constituyente, que promulgó una nueva Constitución, el 31 de mayo de 1985, la que entró en vigencia de acuerdo con un artículo transitorio, el 14 de enero de 1986, cuando quedó instalado el Congreso de la República y tomó posesión el nuevo presidente civil electo. Es la vigente. Esta Asamblea Constituyente dictó, antes de disolverse, además de la Constitución, la Ley Electoral y de Partidos Políticos y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

La apertura inducida y precipitada no permitió que se diera la completa presencia de nuevas fuerzas políticas, aunque sí se amplió el espectro político tradicional. El desvelo por las candidaturas presidenciales y el interés desmedido por las elecciones generales, provocaron que los partidos presentaran muchos diputados más interesados en el futuro reacomodo del gobierno constitucional, que en la factura de la nueva Constitución, la que fue el resultado de una negociación permanente, y en cuya redacción influyera el sector académico en forma significativa. Esto se refleja en la incorporación de instituciones novedosas por una parte, en su falta de sistematización y de unidad, y en la inclusión de muchos asuntos de carácter no constitucional sino reglamentario. Una Constitución muy desarrollada, con 281 artículos y 22 disposiciones transitorias y finales, que, necesita para funcionar adecuadamente la emisión de más de cuarenta leyes secundarias de las cuales, a la fecha, son pocas las que se han dictado.

Esta remisión a las leyes secundarias ha sido el más socorrido recurso para alcanzar el consenso constitucional, que se logró en el texto como un compromiso histórico global para lograr la reconciliación de una socie-

dad escindida que es además de su legitimidad, el mejor logro de la Constitución. El consenso, entendido como acuerdo en las líneas del disenso, se manifestó en esta amplia remisión legal, en acuerdos en el fondo apócrifos sobre algunas decisiones cargadas de ambigüedad, y en pocos casos, en el silencio.

Dictada en un momento de euforia democrática, al final de un largo periodo oscuro de gobiernos autoritarios, en su mayoría militares, es totalmente legítima, producto de un cuerpo constituyente libremente electo, en el que las distintas fuerzas, ninguna mayoritaria, tuvieron que realizar permanentes negociaciones para obtener consensos y definiciones; y su preocupación central es la de establecer la consagración y garantía de los derechos humanos en un sistema democrático, ya que siempre estuvo presente la preocupación por el pasado autoritario que se pretendía rebasar.

En el *preámbulo* y en otros artículos dispersos en el texto, podemos encontrar los principios, la filosofía de la Constitución, la ideología que la inspira. A pesar de no incluir en el *preámbulo* expresamente el principio rupturista, en algunas de las frases se recuerda la historia:

... afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social ... al Estado como responsable ... de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz ... decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos, dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho.

Desde el punto de vista político, el *preámbulo* significa el abandono del régimen autoritario por uno democrático. Expresado elípticamente, se subraya la intención de constituir un sistema realmente democrático, en el que se respete la dignidad humana y se ponga en lugar preferente el respeto de sus derechos, de los derechos humanos. Allí mismo se expresan los valores superiores que informan el ordenamiento jurídico-constitucional: la dignidad de la persona humana, la libertad, la igualdad, la seguridad, la justicia, el bien común y la paz. Que se desarrollan en el título I, denominando *La persona humana, fines y deberes del Estado*, que en sus

1 García Laguardia, Jorge Mario, *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*, Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, 1996, y del mismo autor "Sistema constitucional de la República de Guatemala", *Derechos humanos y democracia*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, pp. 31-51.

dos breves artículos indica que Guatemala “se organiza para proteger a la persona y a la familia”, que su “fin supremo es la realización del bien común” y que “es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. Que se subrayan en el título II denominado *Derechos humanos*, donde se afirma que en Guatemala “todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos” y que “ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni otra condición que menoscabe su dignidad”. Y que se coronan en la sección décima del capítulo II sobre “derechos sociales” del mismo título II, donde se establece que “El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social” y que “es obligación del Estado, orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional”. Probablemente hubiera sido conveniente introducir —como en otros textos— una forma explícita que definiera el nuevo régimen como un Estado social y democrático de derecho, como parece ser el sentido de las disposiciones comentadas y otras que las refuerzan a lo largo del articulado.

La Corte de Constitucionalidad (nuestro Tribunal Constitucional) en una de sus primeras sentencias, ha fijado el sentido de las disposiciones de esta parte. Ha afirmado que

... el Preámbulo de la Constitución Política contiene una declaración de los principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto, siendo además una invocación que solemniza el mandato recibido y el acto de promulgación de la carta fundamental. Tiene gran significación en orden a las motivaciones constituyentes pero en sí no contienen una norma positiva ni menos sustituye la obvia interpretación de disposiciones claras. Podría, eso sí, tomando en cuenta su importancia, constituir fuente de interpretación ante dudas serias sobre alcance de un precepto constitucional ...

Si bien pone énfasis en la primacía de la persona humana, esto no significa que esté inspirada en los principios del individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, en lo que considere que protege a la comunidad social y desarrolle principios de seguridad y justicia a que se refiere el mismo preámbulo —dice en su artículo 1o. que el Estado de Guatemala protege a la persona— pero añade inmediatamente que su fin supremo es la realización del bien común, por lo que las leyes que se refieren

a materia económica, pueden evaluarse tomando en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir los preceptos constitucionales, tiendan a la consecución del bien común ... el artículo 2o. al referirse a los deberes del Estado respecto a los habitantes de la República, le impone la obligación de garantizar no solo la libertad, sino también otros valores, como son los de la justicia y del desarrollo integral de la persona, para lo cual debe adoptar las medidas que a su juicio sean convenientes según lo demanden las necesidades y condiciones del momento, que puedan ser no solo individuales sino sociales.<sup>2</sup>

Más de la mitad del texto está dedicado a los derechos humanos. Posiblemente con razón, sus redactores han calificado, por esto, a la Constitución, como una Constitución humanista. El título II se denomina *Derechos humanos*, y tiene cuatro capítulos, a saber: *derechos individuales*, *derechos sociales*, *deberes y derechos cívicos y políticos* y *limitaciones a los derechos constitucionales*. Su tratamiento es el generalmente aceptado, con una novedad, que comentaremos aparte sobre la recepción del derecho internacional.

Mención especial merecen tres disposiciones incluidas en el capítulo primero del título primero. Las dos primeras establecen el principio de supremacía constitucional en forma expresa. El artículo 44 establece que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana, y que el interés social prevalece sobre el interés particular; además que serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que el texto garantiza. El artículo 45 indica que la acción para enjuiciar a los infractores de los derechos humanos es pública y puede ejercerse mediante simple denuncia, sin caución ni formalidad alguna y que es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados.

En este contexto debe interpretarse el artículo 46, que constituye una de las más importantes innovaciones del texto y que expresa que “se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen

2 *Gaceta Jurisprudencial*, Corte de Constitucionalidad, año I, núm. 1, junio-septiembre de 1986, pp. 1-6.

preeminencia sobre el derecho interno”, el cual introduce una nueva visión en el problema de la jerarquía normativa que los constituyentes omitieron resolver expresamente. Puede afirmarse que la fuente de esta disposición está en el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979, pero con diferencias importantes, pues mientras ésta atribuye a los tratados sobre derechos humanos “jerarquía constitucional”, ha abierto la discusión sobre si en esa expresión se incluye la propia Constitución. Fuera del argumento central del origen de las diversas normas, lo que da jerarquía superior a la Constitución sobre todas las demás, es, además de las disposiciones antes comentadas, la disposición del artículo 272, inciso e), que atribuye a la Corte Constitucional la competencia de “emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados”, sin hacer distinción entre ellos, lo que deja abierta la posibilidad de su posible constitucionalidad. Héctor Gross Espiell afirma que

Los tratados sobre Derechos Humanos, en Guatemala, continúan situados bajo la Constitución, pero tienen preeminencia sobre la ley ordinaria y el resto del derecho interno. De tal modo, el orden jerárquico sería: 1) Constitución; 2) tratados ratificados sobre derechos humanos; 3) tratados ratificados sobre las restantes materias y leyes ordinarias; 4) el resto del orden normativo interno, en la posición que resulta del sistema constitucional y administrativo guatemalteco ...<sup>3</sup>

La Corte Constitucional ha interpretado esta disposición así:

...el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, opero nunca con potestad de formadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino —en consonancia con el artículo 2o. de la Convención— por la del primer párrafo del artículo 44 constitucional. El artículo 46 jerarquiza tales

3 Gross Espiell, Héctor, “Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, también Vasquez Martínez Edmundo y García Laguardia, Jorge Mario, *Constitución y orden democrático*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1984, pp. 145-148.

derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la carta magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el refrendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución ... Por otro lado, la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contravenga ...<sup>4</sup>

Una característica fundamental del texto, es la superación del régimen de exclusión política que se inició en 1954 y la adopción del pluralismo como principio fundamental de la transición y del nuevo régimen. El sistema democrático adoptado de los canales de participación de los ciudadanos en el proceso de poder, haciendo un reconocimiento explícito de los derechos políticos.

La Constitución remite a la Ley Electoral, que como ley constitucional dictó el propio cuerpo constituyente, la regulación del tema. Se otorgan garantías constitucionales especiales al sufragio, la primera de las cuales, es su tratamiento a nivel de la norma suprema, la garantía de “legalidad constitucional”. Ésta, junto a otras, constituidas por el reconocimiento expreso de los derechos coadyuvantes de participación política, el de reunión, asociación, emisión del pensamiento, etcétera; un amplio tratamiento del régimen de partidos, registro electoral, delitos electorales y garantías jurisdiccionales, constituyen un marco legal de amplio carácter protector.

El estudio de la estructura de los órganos encargados de planificar y llevar a cabo los procesos electorales, es de gran importancia, porque su integración y atribución de competencias permite descubrir el grado de independencia en dichos procesos y si los mismos están realmente controlados por los ciudadanos sin intervención del Estado. La organización y control de los procesos electorales estaba en manos del Poder Ejecutivo.

4 *Gaceta Jurisprudencial*, Corte de Constitucionalidad, núm. 18, p. 99, Sentencia 19-10-90.  
DR © 2004. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México  
Cámara de Diputados - LVII Legislatura

vo, el que se hacía cargo de su organización y administración, y del Legislativo, al que competía la calificación, lo que naturalmente motivó muchos abusos y corruptelas bien conocidas y constituir fuente de desarreglos del sistema político. La ley constitucional electoral creó el Tribunal Supremo Electoral como un tribunal colegiado, permanente, independiente, de carácter privativo, autónomo financiera y administrativamente. Se creó así un sistema de control concentrado en materia electoral a cargo de un tribunal específico con jurisdicción nacional y con un mecanismo de designación especial, en el que se da participación a los sectores académicos y profesionales. Sus miembros son designados para un periodo de seis años por mayoría calificada del Congreso de la República de una nómina de 30 miembros que elabora una Comisión de Postulación, integrada por el rector de la Universidad Nacional, quien la preside, el decano de la Facultad de Derecho de la misma Universidad, un representante de los rectores de las Universidades privadas, otro de los decanos de las facultades de derecho de las mismas universidades y otro del Colegio de Abogados (la colegiación es obligatoria por disposición constitucional) electo en Asamblea General.

Consideración especial merece el reconocimiento de los partidos políticos y el fin del régimen de exclusión política. Se acepta el libre juego de fuerzas y opiniones y la competencia abierta por el control del poder político, es reconocida expresamente. Durante muchos años, a partir de 1954, se profundizó en una tendencia constitucional, que incluía tipos de control ideológico orientados a encuadrar a los partidos dentro de la democracia representativa. Un criterio cualitativo de la reglamentación que se dirigía a la ideología y el programa. Así, se pasó paulatinamente, de una posición minimalista a una posición maximalista en el tratamiento del régimen partidario, de encubierto sentido autoritario. Un tratamiento cuidadoso y extensión del régimen de partidos, que en gran medida se orientó a su control por parte del poder público. Requisitos, a primera vista inofensivos, de afiliación, reconocimiento, actividades, programas, antecedentes de la diligencia y financiamiento, reflejaban una intención limitativa que dejaba en manos del gobierno central, a través de específicos organismos de control, la decisión sobre la existencia de los partidos y naturalmente de su actividad. Conscientemente se constituyó un marco constitucional y legal para controlar la vida partidaria y mantener un régimen de pluralismo restringido, que impidió a la oposición manifestarse y que provocó, como una de sus causas, aunque no la

única, la polarización de la vida política y estimuló las actividades violentas y radicales de diverso signo. En una interpretación abusiva del marco jurídico, en ese modelo se bloqueó persistentemente la participación política de la oposición y en situaciones límites se usó para controlar los escrutinios y realizar fraudes que hicieron perder definitivamente legitimidad al régimen y produjeron su factura.

Ese régimen de exclusión ha sido superado por el nuevo orden constitucional. Se reconoce la vida partidaria y se facilita mucho la inscripción de los nuevos partidos. Y por supuesto, se eliminan las prohibiciones ideológicas. La Constitución establece un estatuto privilegiado y de gran responsabilidad para los partidos, asignándoles funciones básicas: *a)* fijar pautas para la real expresión de la voluntad popular, constituyéndose en canales de la participación política; *b)* colaborar en la estructuración del gobierno y los mecanismos de sucesión; *c)* integrar relaciones institucionales con órganos del Estado; *d)* seleccionar a la clase política gobernante al monopolizar la designación de candidaturas; *e)* alimentar permanentemente la opinión pública; *f)* participar en la integración del aparato electoral al fiscalizar el proceso en todos sus niveles, y *g)* formular programas de gobierno, plataformas políticas y formaciones político-ciudadanas. En el esquema que el marco constitucional formula, desde el establecimiento de los requisitos de ciudadanía, las condiciones del sufragio, la organización del cuerpo electoral, hasta la designación de los gobernantes, su papel de cuerpos intermedios institucionales queda perfectamente claro, así como su integración al sistema a través de un catálogo de obligaciones y derechos. Se ha transitado de la exclusión a la apertura, y su responsabilidad en el proceso de transición es inmensa.<sup>5</sup>

Instituciones novedosas de garantía constitucional se establecieron en el texto. Y un nuevo sistema de justicia constitucional se adoptó, para avanzar en el proceso en esta línea que viene desde el siglo pasado con una gran riqueza institucional.

En el derecho constitucional guatemalteco se han configurado desde los inicios de la vida republicana, tres instituciones de garantía constitucional perfectamente diferenciadas: el *habeas corpus*, instituto de raíces inglesas, recogido desde nuestra primera codificación en 1837 y constitucionalmente en la Constitución liberal de 1879; el *amparo*, institución to-

5 García Laguardia, Jorge Mario, *Constitución y partidos políticos en Guatemala. De la exclusión a la apertura*, Guatemala, Tribunal Supremo Electoral, 1999.



mada del modelo mexicano del siglo XIX, pero con un desarrollo propio muy característico, que se incorpora en las reformas constitucionales de 1921, y el control de constitucionalidad de las leyes, la *revisión judicial*, con antecedentes en los primeros años republicanos de influencia estadounidense y que se incorpora también en las reformas de 1921.

La Constitución vigente de 1985, dedica el título VI a lo que llama *Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional*, cuyo contenido se explica por sí mismo en su división capitular: exhibición personal, amparo, inconstitucionalidad de leyes, Corte de Constitucionalidad, Comisión y Procurador de los Derechos Humanos, y Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (artículos 263-276).

El *habeas corpus*, denominado exhibición personal, se regula en dos largos artículos (263 y 264) que son desarrollados en la Ley constitucional de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (en adelante LAEPC). Se trata de un verdadero proceso constitucional que tiene las siguientes características: su finalidad consiste en la protección de la libertad individual contra detenciones arbitrarias y el tratamiento adecuado en el caso de las detenciones legales. Procede contra actos de autoridades, se orienta a hacer cesar los actos arbitrarios, tiene impulso procesal de oficio, su trámite es totalmente antiformalista, las diligencias no pueden ser sobreesdras y no se puede desistir de ellas mientras no se localice al detenido, agraviado o desaparecido (además de los artículos constitucionales citados, en las LAEPC se le dedican los artículos 82 al 113).

El *amparo* está definido constitucionalmente en uno solo artículo de la Constitución, el cual preserva y profundiza en la tradición que viene de la reforma de 1921. El artículo 265 establece que

... se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones en sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones, o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

Los diputados constituyentes fueron entusiastas y quisieron ampliar hasta el límite la efectividad de la institución, y pretendieron extender su procedencia y “dejar su desarrollo a una jurisprudencia avanzada desarrollada por los jueces constitucionales”. Dentro de esta línea el artículo 9o. de la LAEPC estableció que

Podrá solicitarse amparo contra el Poder Público, incluyendo entidades descentralizadas o autónomas, las sostenidas con fondos del Estado, en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante. Asimismo, podrá solicitarse contra entidades a las que debe ingresarse por mandato legal y otras reconocidas por la ley tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes.

La Corte Constitucional ha interpretado que las expresiones de varios artículos constitucionales “son reveladoras, en congruencia con la doctrina sobre amparo, de que en el mismo no existe acción popular, sino es necesario hacer valer un derecho propio”; el mismo Tribunal Constitucional (la Corte) ha fijado el concepto de amparo al afirmar que

La Constitución como ley suprema y fundamental del ordenamiento jurídico, reconoce los derechos y libertades básicos de las personas que deben ser respetados y en su caso, garantizados por la autoridad. Además de instituir la tutela ordinaria de tales derechos, proveyó también de medios extraordinarios de control por los que se asegure su vigencia. Uno de éstos es el amparo, que está llamado a brindar protección, tanto de índole preventiva como reparadora, contra aquellos actos u omisiones de autoridad que conlleven una amenaza, restricción o violación de los referidos derechos y libertades, y por ello se le conoce como una garantía contra la arbitrariedad.

El artículo 10 de la LAPEC señala los casos específicos de procedencia. La procedencia “se extiende a toda situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes de la República de Guatemala reconocen, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado” y fija “entre otros” los siguientes: *a)* para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que establece la Constitución o cualquiera otra ley; *b)* para que se declare que en casos concretos una ley, un reglamento, una resolución o acto de autoridad no obligan al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquiera otra ley; *c)* para que en casos concretos se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República, no es aplicable al recurrente por violar un derecho constitucional; *d)* cuando la autoridad de cualquier jurisdicción dicte reglamento, acuerdo o resolución de cualquier naturaleza, con abuso de poder o exce-

diéndose de sus facultades legales, o cuando carezca de ellas o bien las ejerza en forma tal que el agravio que se causare o pueda causarse no sea reparable por otro medio legal de defensa; e) cuando en actuaciones administrativas se exija al afectado el cumplimiento de requisitos, diligencias o actividades no razonables o ilegales o cuando no hubiera medio o recurso de efecto suspensivo; f) cuando las peticiones o trámites ante autoridades administrativas no sean resueltas en el término que la ley establece, o de no haber término, en el de 30 días una vez agotado el procedimiento, así como cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite; g) en materia política cuando se vulneran derechos reconocidos por la ley o por los estatutos de las organizaciones políticas; sin embargo, en materia electoral, el análisis y examen del tribunal se concretará al aspecto jurídico, dando por sentadas las cuestiones de hecho que se tuvieron por probadas en el recurso de revisión, y h) en los asuntos de los órdenes judicial y administrativo, que tuvieren establecidos en la Ley Procedimientos y Recursos, por cuyo medio pueden ventilarse adecuadamente de conformidad con el principio jurídico del debido proceso, si después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos en la Ley, subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

La *revisión constitucional* tiene una importancia especial. Se creó un Tribunal Constitucional permanente de gran significación y amplias competencias. La inconstitucionalidad total o parcial de las leyes en caso concreto, está recogida en los artículos 266 y 257 constitucionales. En casos concretos, procede en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquiera instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia; se podrá plantear como acción, excepción o incidente. Además se establece la inconstitucionalidad de carácter general y las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad. Esta Corte es un tribunal permanente encargado de garantizar la supremacía de la Constitución y dar plena eficacia a sus normas, a efecto de convertir sus declaraciones de principios en derecho realmente aplicable, configurando un nuevo sistema de justicia constitucional. Sus líneas generales son las siguientes: principio de supremacía constitucional (artículo 204); la función del tribunal permanente de jurisdicción privativa es la defensa del orden constitucional y actúa como un tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado e independencia económica garantizada con un porcen-

taje de los ingresos que corresponden al organismo judicial (artículo 268); se integra por cinco magistrados nombrados cada uno de ellos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, el Pleno del Congreso de la República, el presidente de la República en Consejo de Ministros, el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional y la Asamblea del Colegio de Abogados (artículo 269). Sus competencias son amplias: *a*) conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad; *b*) conocer en única instancia en calidad de tribunal extraordinario de amparo de las acciones interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente y vicepresidente de la República; *c*) conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia; *d*) conocer en apelación todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en ocasión, o en los casos contemplados en la ley de la materia; *e*) emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado; *f*) conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad; *g*) compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, manteniendo al día el *Boletín* o *Gaceta Jurisprudencial*; *h*) emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad, y finalmente, *i*) actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecida en la Constitución.<sup>6</sup>

Finalmente, es la primera Constitución en América que establece la figura del *ombudsman*, del *defensor del pueblo*, como un sistema de control no jurisdiccional de la actividad de la administración pública en orden a lograr una eficaz defensa de los derechos humanos, con el nombre de procurador de los derechos humanos (artículos 274 y 275). Se le crea

6 Aguirre Godoy, Mario, "Procesos constitucionales", *Derecho procesal*, Guatemala, Editorial Universitaria, 1982, t. II, vol. I; Vasquez Martínez, Edmundo, *El proceso de amparo*, Guatemala, Editorial Universitaria, 1985; García Laguardia, Jorge Mario, "El Tribunal Constitucional. Nueva institución de la Constitución guatemalteca de 1985", *La justicia constitucional: una promesa de la democracia*, San José de Costa Rica, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ILANUD, 1992, pp. 125-144, y del mismo autor, "Guatemala: Informe nacional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 1997*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 207-219.

como un comisionado del Congreso de la República, encargado de la defensa de los derechos humanos establecidos en el texto y reconocidos en los tratados ratificados, que actúa con absoluta independencia y que es electo para un periodo de cinco años por mayoría calificada de dos terceras partes del Congreso en pleno, a elegir, dentro de una terna presentada por la Comisión de Derechos Humanos de dicho Congreso. Tiene una influencia directa de la figura del defensor del pueblo, establecido en el artículo 54 de la Constitución española, que además de la función de supervisor de la administración pública, le fija la atribución constitucional de defensor de los derechos fundamentales, y consecuentemente, defensor de la Constitución. El artículo 275 le fija seis atribuciones básicas: *a)* promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental, en materia de derechos humanos; *b)* investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas; *c)* investigar toda clase de denuncias que sean planteadas por cualquier persona sobre violaciones a los derechos humanos; *d)* recomendar privada y públicamente a los funcionarios la modificación de un comportamiento administrativo objetado; *e)* emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales, y *f)* promover acciones o recursos judiciales o administrativos, en los casos que sea procedente.

En la ley que desarrolla la institución, se le fijan otras atribuciones que se refieren a programas de promoción y enseñanza de derechos humanos, con especial interés en investigaciones, campañas de divulgación y publicaciones; relación con instituciones orientadas a la misma actividad; participación en eventos internacionales; divulgación del informe anual; elaboración del presupuesto y funciones administrativas internas. El cúmulo de atribuciones es amplio, determinadas por el entusiasmo de los legisladores en un momento de euforia democrática, y ha producido conflictos en la calificación de competencias, sobre todo por la coyuntura en que la institución ha empezado a funcionar, sujeta su actividad a múltiples presiones de diverso y contradictorio signo.<sup>7</sup>

Esta Constitución de 1985, ha sido el instrumento jurídico-político que ha servido de marco para el difícil proceso de transición a la democracia, y por eso su orientación, como hemos visto, se dirige a un amplio

7 Basells Tojoa, Edgar Alfredo, *El procurador de los derechos humanos*, Guatemala, Universidad de San Carlos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1988.

tratamiento de los derechos humanos y sus instituciones de garantía. Es una Constitución legítima, lo que se reconoce y se ha reconocido generalmente, ya que en la integración del cuerpo constituyente estuvo representado un amplio espectro de fuerzas políticas que debieron realizar minuciosas negociaciones para obtener consensos en las decisiones políticas del nuevo régimen. Por eso el texto es muy desarrollado, ambiguo, en algunos aspectos contradictorio, con poca unidad ideológica, y consecuentemente de difícil cumplimiento, y en ese contexto la labor del Tribunal Constitucional es clave.

Constituciones recientes en los procesos de transición en Europa y América Latina sirvieron de inspiración en su elaboración, especialmente la española y la peruana de 1979, y por una situación coyuntural, la salvadoreña de 1982, por la importante presencia democrática en el constituyente.

Se ha aplicado en proporción significativa. Las nuevas instituciones han ido legitimando su gestión. Ha sido referencia permanente para continuar con el proceso de transición democrática y abandono del régimen autoritario. Difíciles y permanentes transacciones, han permitido que el proceso continúe, y en un arreglo no escrito, la adopción y aplicación de las nuevas normas e instituciones, han permitido un retiro honorable de los militares, que sin embargo, siguen constituyendo un poder real, con una presencia evidente, aunque no inconstitucional, en el cuadro político de las decisiones.

Las tres instituciones novedosas de control han funcionado en forma adecuada. El Tribunal Constitucional se integró por vez primera en 1986, y está por concluir su tercer periodo de cinco años. Ha funcionado sin problemas especiales y con el apoyo del gobierno central para su integración, presupuesto y funcionamiento, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales. Ha publicado sesenta tomos de jurisprudencia y conocido de muchos asuntos. Sus resoluciones han sido acatadas por el Ejecutivo en todos sus niveles, por el Congreso e incluso, en lo que corresponde, por el organismo judicial. Ha declarado muchas leyes inconstitucionales que han sido invalidadas en forma general al igual que disposiciones de carácter general, ha resuelto diversas inconstitucionalidades en casos concretos y conocido de amparos contra la mayoría de las autoridades, ha emitido dictámenes y opiniones consultivas. El derecho de solicitar opiniones consultivas, no se ha utilizado en el volumen que se debiera, y como la mayoría de las secciones se dirigen al derecho de pro-

piEDAD, muchas partes de la Constitución no han sido motivo de estudio e interpretación por el Tribunal.

Posiblemente, el caso más espectacular que ha tenido la Corte, ha sido su actuación con motivo del golpe de Estado que el presidente Jorge Serrano Elías pretendió realizar en mayo de 1993. La Corte actuó, único caso de oficio, conociendo de las Normas Temporales de Gobierno, que fue el instrumento para el golpe de Estado, que el Tribunal declaró inconstitucionales. La situación se produjo así:

El 25 de mayo de 1993, el presidente informó por cadena de radio y televisión, en las primeras horas de la mañana, su decisión de dejar sin efecto más de cuarenta artículos de la Constitución, veinte artículos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, disolver el Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad. Esta decisión quedó plasmada en el decreto dictado ese día con el nombre de “Normas Temporales de Gobierno”. Era un golpe atípico en el país, porque lo efectuaba el propio presidente de la República. La Corte de Constitucionalidad se reunió esa misma mañana y en la tarde, en ejercicio de las facultades que le otorga la Constitución y en especial en el de la función de actuar en asuntos de su competencia, dictó una sentencia en la que se resolvió que la decisión del presidente contenida en el decreto referido y todos los actos que del mismo se derivaran transgredían disposiciones terminantes de la Constitución y representaban el rompimiento del orden constitucional. Y como consecuencia declaró que todos aquellos actos adolecían de nulidad *ipso jure* y que debían en consecuencia dejarse sin efecto, y en su parte resolutive declaró expresamente inconstitucionalidad el decreto de “Normas Temporales de Gobierno”, el cual debería dejar de surtir efectos ordenando su inmediata publicación en el *Diario Oficial*. Sin embargo, la sentencia no fue publicada y tampoco acatada. El presidente Serrano pretendió llevar adelante la ejecución del decreto que “legalizaba” el golpe, y pasaron varios días de gran incertidumbre y de enfrentamiento entre el presidente y la comunidad nacional con la reprobación de la comunidad internacional.

La Corte estimó que sus resoluciones debían acatarse. La ley de la materia indica que las decisiones de la Corte vinculan al poder público y que tienen plenos efectos frente a todos. Y el artículo 203 constitucional establece que los otros organismos del Estado deben prestar el auxilio debido a los tribunales de justicia, para el cumplimiento de sus resoluciones. Y con esa base, la Corte dictó el 31 de mayo un auto de seguimiento de la

sentencia, un auto de ejecución mediante el cual requirió al Ministerio de Gobernación y al Ministerio de la Defensa Nacional para que prestaran el auxilio necesario, a efecto de que la sentencia se publicara en el *Diario Oficial* y que el fallo se cumpliera por el organismo ejecutivo.

En el clímax del conflicto, al día siguiente, por medio de la cadena de radio y televisión, el ejército invitó a la Corte, la cual sesionaba clandestinamente porque la Policía había ocupado su sede, a una reunión en Palacio. En esa reunión se notificó al Ministerio de la Defensa el contenido del auto, el que informó que el ejército había decidido acatar lo ordenado por la Corte y que el presidente de la República había decidido abandonar el cargo, antes de restablecer el orden constitucional. Así la sentencia de la Corte fue ejecutada, se restableció el orden constitucional y se reinstalaron el Congreso de la República y la Corte Suprema de Justicia.

Pero la crisis político-constitucional continuó. El vicepresidente, que había participado en el golpe con el presidente, dio marcha atrás en su decisión de renunciar y pretendió, sin éxito, que el Congreso de la República legalizara la sucesión, lo que prolongó la situación de vacío de poder. La Corte continuó con su activismo judicial y emitió el auto del 4 de junio, corolario de la sentencia. En él se consideró que con el golpe se había alterado también la estructura del organismo ejecutivo, el que debía integrarse y funcionar. Estimó que el vicepresidente había actuado corresponsablemente con el presidente en la crisis constitucional y que esa situación lo colocaba en la prescripción del artículo 186 de la Constitución por lo que se encontraba inhabilitado para el ejercicio de la Vicepresidencia y de la Presidencia, por lo que al existir acefalía en el organismo ejecutivo, debía cumplirse con la disposición constitucional que ordena al Congreso designar a los sustitutos para completar el periodo presidencial, y fijó un plazo de veinticuatro horas al Congreso para formalizar el acto, lo que éste cumplió. Así, se había restablecido el orden constitucional, sobre las líneas normativas que la Corte fijó.<sup>8</sup>

El *Tribunal Supremo Electoral* ha tenido un importantísimo papel y se ha desempeñado con especial eficacia y con gran legitimidad. Goza de prestigio generalizado. Su integración y el cúmulo de atribuciones, así

8 *Jurisdicción constitucional en Guatemala*, Ponencia de la Corte de Constitucionalidad a la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal, Guatemala, Corte de Constitucionalidad 1999 y García Laguardia, Jorge Mario, "Justicia constitucional y defensa de la democracia. El golpe de estado en Guatemala de 1993", *Cuestiones Constitucionales, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, núm. 2. enero-junio de 2000.



como el conocimiento de los recursos como tribunal de alzada, con la reserva del amparo constitucional que se atribuye al Tribunal Constitucional, lo ha hecho un órgano de gran influencia para garantizar el cumplimiento de los derechos políticos y la transparencia de los procesos electorales. Ha organizado todos los ejercicios electorales desde la vigencia de la Constitución en 1986, con gran éxito; los resultados han sido aceptados, con inconformidades menores, y sus decisiones han sido acatadas por gobernantes y gobernados. Un antiguo presidente del Tribunal, afirma que

... aunque en algunos países se integran los tribunales con personas afiliadas a los partidos políticos y como un órgano meramente administrativo, lo ideal es que la entidad sea un verdadero tribunal de derecho, como es en Guatemala, sin que intervengan en su composición y actividades los organismos del Estado, ni partidos influyentes en la “cosa pública”. La máxima autoridad electoral debe ser una institución privativa dotada de independencia en todos los aspectos (con los límites institucionales de toda entidad estatal), inclusive el económico-financiero, y sujetos sus actos a los controles fiscales y jurisdiccionales propios de un régimen de derecho.<sup>9</sup>

El *procurador de los derechos humanos*, el *ombudsman*, también ha realizado su función exitosamente, desde 1987, cuando se instaló con el apoyo del gobierno central y la aceptación de la opinión pública. Sus resoluciones en general son acatadas, aunque muchas de ellas son discutidas. En las estadísticas de sus diez primeros años de existencia, se puede encontrar un indicador importante que nos permita concluir que la gestión ha sido exitosa y que la nueva institución ha tomado carta de naturaleza entre las figuras del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En ese periodo de diez años, se atendieron un total de 96,534 denuncias, cuyo volumen aumentó año con año, para un país de poco más de diez millones de habitantes. Si en 1987, cuando el procurador inició su trabajo, solamente recibió 111 denuncias, en el último año completo de 1996, recibió 19,763. Las denuncias recibidas no siempre se convierten en expedientes bajo investigación porque el procurador realiza importantes funciones

9 Guerra Roldán, Mario, *El sistema electoral guatemalteco. Fundamentos filosóficos constitucionales y legales*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996; Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, núm. 20, también Escobar Armas, Carlos, *La Ley Electoral y de Partidos Políticos de Guatemala de 1985. Sufragio y democracia*, San José, Costa Rica, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, 1987, Cuadernos de CAPEL.

de orientación y prevención. Así, expedientes resueltos y bajo investigación en ese mismo periodo fueron 15,748, indicando que si en 1987 se resolvieron 99 expedientes, en 1996, la cifra fue de 1,594, y que en 1994 —año en el que se conoció el mayor número— fueron 1,950. Por áreas de derecho violado, en derechos individuales fueron 8,484; sociales 4,462; económico-sociales, 1,160; y derechos cívico-políticos 1,160. Y se emitió un total de 13,370 resoluciones; el año en que se emitieron menos resoluciones fue en 1987, solamente 118, y cuando más resoluciones se dictaron fue en 1994, con 3,093. En el Departamento de Promoción y Educación el trabajo también fue muy significativo, como aparece en las estadísticas: la población atendida en el sector formal no formal y de fuerzas de seguridad fue de 747,121 en conferencias y de 251,960 en seminarios, para un total de 999,081. Además, se hicieron representaciones en el programa especial de *Testro Popular en Derechos Humanos*, que atendió a una población de 47,450 personas. En programas radiales se transmitieron 5,119 horas en 181 radiodifusiones que cubrieron todo el país.

La institución se ha mantenido dentro de los márgenes de independencia y sin sujeción alguna a organismo o autoridad. Ha existido, sí, una dosis de incompreensión y poca sensibilidad en algunos funcionarios de gobierno y representantes del sector privado, que todavía no han logrado comprender la filosofía que inspiró la creación de la institución. Sin embargo, el *ombudsman* tiene presencia en la vida nacional, mantiene en alto grado su credibilidad y la población, en general, acude cada vez más a la institución donde sabe que puede ventilar sus quejas y denuncias. A pesar de la poca intención que se le ha prestado al procurador en las instancias de gobierno responsables de proveer los recursos necesarios para el funcionamiento, subsistencia y crecimiento de la institución, siempre salió adelante, tratando de optimizarlo y acudiendo al espíritu de sacrificio, con la colaboración y buena voluntad de todas las personas que prestan sus servicios en la institución. Especialmente debe tomarse en cuenta la ayuda que la comunidad internacional ha prestado a la institución.

Debe mantenerse una agenda abierta, que mantenga al *ombudsman* a la altura de la dinámica de cambio en la transición. Debe seguir manteniendo y fortaleciendo la autonomía de la institución para que continúe siendo la conciencia crítica del pueblo y el vigilante activo en la protección de los derechos humanos. Asimismo, debe conseguir el apoyo y acompañamiento de otros sectores que persigan iguales o similares objetivos. Poner mayor énfasis y redoblar sus esfuerzos para tutelar los dere-

chos económico-sociales y culturales, hacer más efectiva la supervisión de la administración pública y, en general, sistematizar sus recomendaciones y resoluciones por medio de la unidad de seguimiento correspondiente.<sup>10</sup>

El Congreso de los diputados tiene una primacía en la estructura de poder diseñada en la Constitución, y en el ejercicio de sus competencias pueden apuntarse los siguientes elementos: *a)* el control político a través de las interpelaciones ministeriales no ha funcionado en forma óptima. Desde la Constitución de 1945, se estableció un régimen semiparlamentario, que se ha mantenido hasta hoy, en el cual los diputados pueden realizar interpelaciones, que pueden concluir en un voto de falta de confianza, que obliga a los ministros a renunciar. Su número en todo ese periodo ha sido escaso, y no se ha producido ningún voto de falta de confianza. El intento de interpelar al canciller por las negociaciones en el diferendo con Gran Bretaña y Belice, lo hicieron renunciar antes que la interpelación se realizara. Al ministro de educación, se le dio un voto de falta de confianza, durante el régimen del presidente de León Carpio, acusado de no atender sugerencia de los diputados en el nombramiento de maestros, pero el Consejo de Ministros apoyó al ministro y no se obtuvo la mayoría calificada para ratificar la censura; *b)* no se ha hecho uso de la facultad de los ministros de asistir a las sesiones con voz, pero sin voto; *c)* se han citado a ministros y muchos funcionarios a las Comisiones del Congreso y a los bloques parlamentarios, lo cual es muy positivo; *d)* se ha politizado negativamente la elección de funcionarios que deben ser designados por el Congreso, mientras avanza la vigencia del texto, a diferencia de los primeros nombramientos; entre esos funcionarios están los magistrados del organismo judicial, del Tribunal Supremo Electoral, de la Corte de Constitucionalidad, Contraloría de Cuentas, Junta Monetaria, procurador de los derechos humanos; esto ha producido cierto debilitamiento de las instituciones; incluso algún prestigioso analista ha denunciado la degradación de algunas instituciones, que pone en peligro el proceso de tránsito de la transición a la consolidación; *e)* los partidos políticos representados en el Congreso sufren un proceso de desgaste y falta de credibilidad, por vicios de su régimen cada vez más manifiestos:

10 García Laguardia, Jorge Mario, *El procurador de los derechos humanos de Guatemala. Primer ombudsman de América Latina. Primera década*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 29.

partiditis, partidocracia y patrimonialismo político, y f) finalmente, falta de emisión de muchas leyes para desarrollar los preceptos constitucionales y falta de interpretación por la Corte Constitucional de muchos artículos de los que no ha conocido.

En los países centroamericanos, se ha levantado un movimiento que consideramos prematuro, de reformas constitucionales para solucionar diversas crisis. Hemos sostenido que se debe ser muy cauteloso en ese camino, analizando la conveniencia de las mismas, y en todo caso debe abrirse un proceso de amplias y cuidadosas consultas con participación extensiva. Más que con reformas, la consolidación del nuevo sistema democrático pasa por el cumplimiento de la Constitución, y por eso debe alimentarse lo que los alemanes llaman *sentimiento constitucional* que hace referencia a su respeto, cumplimiento y veneración.

En las últimas reformas que se han hecho en algunos países de la región, se ha producido una erosión de instituciones importantes. En Guatemala, presionado por sectores conservadores, y con el pretexto de la depuración de los organismos legislativo y judicial, se aprobó una reforma de manera apresurada e inconsulta, en 1993. El resultado final fue totalmente negativo. Y la depuración se quedó como un solo pretexto, pues ninguna persona ha sido procesada por actos ilícitos. Y se incluyó sin ninguna discusión pública, una importante reforma en el sistema económico financiero en favor de la banca privada. Con motivo de los Acuerdos de Paz, se propuso una nueva reforma en 1999, la cual fue aprobada por el Congreso con la mayoría calificada necesaria, pero los diputados formularon un amplio paquete de más de cincuenta artículos reformables, lo que produjo un rechazo del electorado, basado en disímiles argumentos, haciendo fracasar la reforma.

El Colegio de Abogados, con motivo de la primera reforma, emitió la siguiente opinión:

... si bien es cierto que el texto constitucional adolece de un conjunto de defectos y omisiones de carácter formal, técnico y conceptual, en las actuales circunstancias es un instrumento jurídico suficiente para que, a partir de sus normas, los guatemaltecos podamos construir y ordenar sobre sus bases un régimen de legalidad adecuado a nuestra idiosincrasia y necesidades, que nos conduzca a la paz y al bienestar social en democracia.

## PROCESO CONSTITUYENTE Y DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

José Antonio MONTILLA MARTOS\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La transición política y el proceso constituyente español*. III. *Características generales de la Constitución española*. IV. *Defectos de la Constitución e interrogantes abiertas*.

### I. INTRODUCCIÓN

Quiero iniciar mi intervención agradeciendo la invitación cursada para participar en este Seminario a la Comisión de Estudios Legislativos de la Cámara de Diputados y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, especialmente al doctor Diego Valadés, persona apreciada y personalidad intelectual ampliamente reconocida también en España.

La conmemoración del ochenta y tres aniversario de una Constitución produce cierta envidia a un español. Las Constituciones en España han sido desde los orígenes del constitucionalismo moderno apenas una placa en la plaza de un pueblo, al poco tiempo sustituida por otra sin que quedara huella alguna de la anterior, como dejó escrito un costumbrista francés. La Constitución que compartimos siquiera formalmente, la de 1812, exponente del primer constitucionalismo liberal-revolucionario aun con reminiscencias absolutistas en el tratamiento de la monarquía, puede considerarse paradigma de las vicisitudes del constitucionalismo en España. En 1814, a la vuelta de Fernando VII, es declarada nula. Posteriormente, en 1820, tras un pronunciamiento militar es restablecida y mantiene su vigencia durante el “trienio liberal”. Sin embargo, ya había triunfado en Europa la “contrarrevolución” y la Santa Alianza propició la invasión de un ejército francés, los “cien mil hijos de San Luis” que ponen fin a la experiencia constitucional liberal, retornando al absolutismo.

\* Profesor titular de derecho constitucional en la Universidad de Granada, España.

Esa inestabilidad ha sido el rasgo definidor del constitucionalismo histórico español. Desde esa Constitución y hasta la actual han estado vigentes seis distintas (1834, 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931). Incluso entre estos periodos, ya de por sí breves, debemos intercalar el Estatuto de Bayona de 1808, una Constitución aprobada que no entró en vigor, la nonnata de 1856, y una gran cantidad de proyectos constitucionales que denotan la crisis de la Constitución vigente en ese momento (la Isabelina o de Isturiz de 1836, el Proyecto de Leyes Fundamentales de Bravo Murillo de 1852, el Proyecto de Constitución Federal de 1873 en la primera República o el proyecto constitucional de Primo de Rivera en 1929). Incluso, la única Constitución que perduró en el tiempo, la de 1876, refleja palmariamente la superficialidad, el otro rasgo que caracteriza, junto a la inestabilidad, el constitucionalismo histórico español, pues no regía el funcionamiento del sistema político, basado en la práctica en el “turno político” entre los dos grandes partidos, sustentado en un extendido fraude electoral.<sup>1</sup>

Con la Constitución de 1978 parecen superadas estas poco halagüeñas experiencias históricas. No sólo porque estamos ante una “Constitución normativa jurisdiccionalmente garantizada”, como corresponde al modelo en el que se inserta, sino, fundamentalmente, porque ha sido aceptada por actores políticos y grupos sociales y, tras veinte años de vigencia, ha quedado consolidada como marco de organización política de la sociedad que garantiza las libertades de los ciudadanos, sin que se vislumbre su crisis en el horizonte.<sup>2</sup> En una bella película, *La lengua de las mariposas*, un maestro republicano, uno de esos hombres cultos y buenos que tuvieron que salir de España tras la guerra civil en 1939 y a los que este país acogió con generosidad, declama: “el día en que una generación

1 Sobre el constitucionalismo histórico español pueden consultarse, a efectos divulgativos, más allá de los trabajos sobre cada una de las Constituciones, Solé Tura, J. y Aja, E., *Constituciones y periodos constituyentes en España*, Madrid, 1977; Clavero, B., *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, 1984; Fernández Segado, F., *Las Constituciones históricas españolas*, Madrid, 1986; Sánchez, Agesta, L., *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1984; Tomas Villarroya, J., *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1981; Tomas y Valiente, F., *Códigos y Constituciones 1808-1978*, Madrid, 1989.

2 La consolidación no fue inmediata, incluso en sus primeros años los tribunales ordinarios la consideraban un texto programático y no directamente aplicable, precisado de desarrollo legislativo para su aplicación. Podía considerarse, por tanto una Constitución semántica, en la conocida clasificación de Loewenstein. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, mantuvo desde sus primeras sentencias la fuerza vinculante de la Constitución y sobre todo a partir de la STC 80/1982, de la que fue ponente el magistrado Francisco Tomás y Valiente, en la que expresa con nitidez que contiene normas jurídicas y no una declaración programática o principal, dispuso cualquier duda sobre su carácter normativo y fue asumida por los tribunales ordinarios.

de españoles pueda crecer en libertad, nadie nos quitará la libertad”. Ese momento ha llegado. Los jóvenes universitarios de hoy nacieron cuando estaba vigente la Constitución y es el único régimen político que han conocido. Es ese proceso de nacimiento y consolidación constitucional el que será expuesto, de forma necesariamente somera, en estas páginas. En primer lugar, relatamos el origen de la Constitución de 1978, lo que exige una referencia no solo al proceso constituyente propiamente dicho, sino también a la transición política de la dictadura a la democracia que establece las bases, también jurídicas, para que fuera posible la elaboración de la Constitución. A continuación, esquematizamos algunas características generales de la Constitución para finalmente detenernos en sus defectos y los problemas que acucian en este momento al sistema constitucional, pues la valoración globalmente positiva de su diseño original y su desarrollo político y jurisprudencial, que la ha convertido en punto de referencia para Constituciones promulgadas posteriormente tanto en América Latina como en el este de Europa, no impiden una visión crítica de determinados contenidos que han provocado interrogantes actualmente abiertas.

## II. LA TRANSICIÓN POLÍTICA Y EL PROCESO CONSTITUYENTE ESPAÑOL

El proceso constituyente español fue atípico en su inicio y en su desarrollo pues partió de la peculiar transición política de una dictadura a una democracia desarrollada tras la muerte del general Franco. En 1975 muere el dictador que había ejercido el poder omnimodo desde la victoria militar en la Guerra Civil de 1936-1939, en torno al principio de personalización del poder político (soberanía del jefe de Estado, unidad de poder y coordinación de funciones), sustentado en las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939 que le atribuían la potestad de dictar normas de carácter general y plenos poderes de forma vitalicia. Aunque los cambios políticos eran inevitables tras el óbito del general Franco, a la altura de 1975 el sistema estaba institucionalizado. No había Constitución; al contrario, la victoria militar de Franco supuso el abandono de cualquier forma de legalidad constitucional y el establecimiento en España de un sistema autoritario, a imitación de los que triunfaban por esa época en Europa, particularmente en Italia, Alemania o Portugal. Sin embargo, de forma paulatina, se promulgaron las Leyes Fundamentales que pretendían

ser un remedo de Constitución en cuanto diseñaban la estructura orgánica del sistema político. Así, en 1938 se dicta el Fuero del Trabajo, fuertemente vinculado a las concepciones teóricas fascistas, que crea la figura de los sindicatos únicos verticales a fin de controlar las fuerzas productivas al servicio del Estado totalitario; en 1942, la Ley Constitutiva de las Cortes Españolas crea una cámara parlamentaria única de carácter corporativo, no representativa; en 1945, el fuero de los españoles adopta una tabla de derechos en ningún caso efectivos pues su aplicación quedaba diferida a las leyes de desarrollo y no se introducían garantías para su ejercicio y la Ley de Referéndum pretende demostrar el carácter pseudo-democrático del régimen a través del reconocimiento de la institución del referéndum, que sólo podía convocar el jefe del Estado; en 1947, la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado señala los mecanismos para la restauración de la monarquía tanto por decisión personal de Franco como en el supuesto de su muerte o, en 1958, la Ley de Principios del Movimiento Nacional expone los principios básicos del régimen, definidos como “permanentes e inalterables”. No obstante, el hito más importante en este proceso de institucionalización jurídico-política es la Ley Orgánica del Estado de 1967 pues realiza una actualización de algunos aspectos de las leyes anteriores, sobre todo de las nacidas bajo la influencia del fascismo antes del final de la Segunda Guerra Mundial, y pretende dar una apariencia institucional e incluso “democrática” al régimen. En ella se regulan las funciones y poderes del jefe del Estado y del presidente del gobierno, figuras que por primera vez se separan, se establece el procedimiento para aprobar o modificar las Leyes Fundamentales e incluso se crea una especie de control de constitucionalidad de las leyes, el “recurso de contrafuero”, que no tuvo ninguna aplicación. En cualquier caso, el carácter dictatorial del régimen permanece incólume pues la LOE reconoce expresamente la vigencia de las leyes de plenos poderes de 1938 y 1939.

Cuando el rey asume la jefatura del Estado a finales de 1975, siguiendo las previsiones sucesorias, posee las funciones propias del máximo dignatario de un régimen autoritario y su primera actuación pública relevante, el nombramiento de presidente del gobierno, no anuncia un cambio radical, pues es reelegido el mismo que había sido en la última época del franquismo, Arias Navarro. Los cambios políticos que ofrece el nuevo gobierno a la sociedad española carecen de hondura. Solo refuerza los ya anunciados en los últimos meses de vida del dictador, la denominada “vía reformista-legalista” para construir una “democracia a la española” basa-



da en una interpretación aperturista de las Leyes Fundamentales, e introduce en el gobierno a algunas personalidades con aureola de reformistas como Fraga Iribarne o Areilza.

Sin embargo, la sociedad española reclamaba cambios de más calado. La oposición al franquismo, cruelmente perseguida, sobre todo la más activa, la comunista, se hacía notar en la sociedad española; la Iglesia católica, uno de los pilares del régimen desde su origen, junto al ejército, se decantaba públicamente por la apertura democrática, y la presión internacional se intensificaba. En estas circunstancias, el rey pronuncia un discurso en el Congreso de Estados Unidos durante una visita oficial a ese país en el verano de 1976 que es la antítesis del reformismo legalista de Arias Navarro pues aboga por una democracia de tipo occidental para España. Sintiendo desautorizado, el presidente del gobierno presenta su dimisión al rey y éste, entre la terna que le presenta el Consejo del Reino y tras complejas negociaciones, designa presidente a Adolfo Suárez González. Suárez era también un hombre del franquismo, en concreto había sido secretario general del movimiento nacional, el partido único del régimen; no obstante tenía un perfil distinto a los políticos del régimen: joven, dinámico y abierto a nuevas ideas. A partir de esta sustitución en la Presidencia del gobierno se inicia una evolución jurídico-política radical, impulsada por estas dos personalidades, el rey Juan Carlos y el presidente del gobierno, a los que habría que añadir, como muñidor de la estrategia para modificar las bases jurídicas del sistema político, al presidente de las Cortes, Torcuato Fernández-Miranda.

En verdad, la superación del régimen autoritario era inevitable. La alternativa era la ruptura democrática promovida por la oposición o la ruptura controlada desde el gobierno y patrocinada por el monarca. En esta situación, los poderes políticos constituidos optan por la ruptura controlada que pasa por la reforma del sistema de leyes fundamentales y la aprobación, finalmente de una Constitución. La clave de bóveda de este tránsito fue la Ley para la Reforma Política. Esta Ley es presentada por el gobierno ante las Cortes como la octava Ley Fundamental, por lo que siguiendo las previsiones de la LOE requería la aprobación de las Cortes con mayoría de dos tercios y ser sometida a referéndum. Sin embargo, su contenido, muy breve pues contaba solo con cinco artículos, quebraba de raíz el sistema autoritario. En el artículo 1o. se establecían unos principios de raigambre democrática: soberanía popular, supremacía de la ley, inviolabilidad de los derechos o pluralismo político y en el artículo 2o. se

prevé la formación de algunas Cortes Generales formadas por dos cámaras, Congreso de los Diputados y Senado, que serían elegidas por sufragio universal, directo y secreto. Pero quizá el artículo más significativo a nuestro objeto es el 3o. en el que se indicaba el procedimiento de reforma constitucional. Difícilmente podía hacerse una reforma cuando no existía Constitución, la pretensión era evidentemente, aunque no se dijera de forma expresa, utilizar ese procedimiento para elaborar una Constitución, una vez que hubieran sido elegidas las Cortes por un procedimiento democrático que serían, de facto, Cortes Constituyentes.

Con esta Ley se alteraban los fundamentos del sistema político y se afirmaba un nuevo principio de legitimidad; de alguna forma devolvía al pueblo la soberanía y lo convertía en poder constituyente. No obstante todo ello, sin dar sensación de ruptura, yendo, como dijo uno de sus protagonistas, de la ley a la ley. Puede alegarse, acaso con razón, que el proceso no fue técnicamente impecable pues se modificaron principios que según las Leyes Fundamentales eran inalterables, pero, en general, no se produjo una ruptura del sistema jurídico sino una modificación radical que fue aceptada por las Cortes franquistas, en una especie de harakiri político, como se ha dicho a menudo, y fue respaldada mayoritariamente por el pueblo en el referéndum de diciembre de 1976.

Alcanzado el primer objetivo, el establecimiento del cauce para la expresión del poder constituyente, debía garantizar su legitimidad antes de iniciar la elaboración de la Constitución. Por ello, en los meses previos a las primeras elecciones democráticas, de enero a junio de 1977, se adoptaron numerosas medidas, en un periodo de “motorización legislativa”, para que estas elecciones fueran lo más libres posibles aun reconociendo que el pluralismo efectivo era difícil tras tantos años de dictadura. Se despenalizó el ejercicio de derechos como la libertad de expresión, la libertad sindical o el derecho de huelga, se legalizaron partidos políticos y sindicatos, se elaboró por el gobierno una normativa electoral, se amnistiaron presos políticos, se ratificaron los Pactos Internacionales de Derecho Civil, políticos, económicos, se suprimió la Secretaría General del Movimiento e, incluso, don Juan de Borbón cedió los derechos dinásticos a su hijo Juan Carlos I. El punto culminante fue la legalización del Partido Comunista de España, punto de referencia de la oposición política al régimen en el exilio.

Las Cortes elegidas el 15 de junio de 1977, en las primeras elecciones libres desde febrero de 1936, facilitaron la continuación de la transición

política y el buen desarrollo del proceso constituyente. Aun cuando la libertad de asociación provocó la aparición de cientos de partidos políticos sólo unos pocos, representativos de todos los sectores del arco político, obtuvieron representación. Así, el electorado se repartió por mitad entre los partidos que procedían del régimen franquista (Unión de Centro Democrático y Alianza Popular) y los que venían del exilio (Partido Socialista Obrero Español y Partido Comunista de España). Además dentro de cada uno de estos polos obtuvieron mayor representación los partidos más moderados (UCD, el ganador, y el PSOE) frente a los más radicales (PCE y AP). Incluso, para mostrar una radiografía completa de la realidad política española, también obtuvieron representación significativa los partidos nacionalistas moderados de Cataluña y del País Vasco y el Partido Socialista Popular, grupo liderado por prestigiosos intelectuales que pronto se adhirió al PSOE.

Constituidas las Cortes, éstas se autoatribuyeron condición de constituyentes de facto y, tras algunos intentos por parte del gobierno de presentar un proyecto de Constitución, se eligió en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso de los Diputados una Ponencia encargada de elaborar un borrador de Constitución. Esta Ponencia quedó constituida por siete diputados y en ella estuvieron representados UCD (3), PSOE, PCE, AP y los nacionalistas catalanes. Quedaron fuera, entre los partidos con grupo parlamentario, el PSP, aunque sus diputados tuvieron una labor destacada durante la discusión del texto en Pleno y Comisión y el PNV, exclusión que, analizada en una perspectiva histórica, puede considerarse un error, teniendo en cuenta su abstención en la votación final de la Constitución e incluso su actitud actual. Dado lo *sui generis* de una asamblea constituyente formada por dos cámaras, Congreso de los Diputados y Senado, en cada una de las cuales se presentaron más de mil enmiendas al texto, y con una Comisión Mixta, prevista en la Ley de Reforma Política para armonizar los distintos contenidos constitucionales aprobados en una y otra cámara, puede comprenderse que el proceso constituyente se alargara en el tiempo. Finalmente, el 6 de diciembre de 1978, la Constitución aprobada en las Cortes Generales se sometió a referéndum y fue aprobada por el cuerpo electoral, acaso con más abstención de la prevista (33%). Los factores que explican la abstención son diversos. Por un lado, cierto desencanto político provocado por la excesiva duración del debate político en época de crisis económica; por el otro, la postura abstencionista del Partido Nacionalista Vasco que provocó una menor participación en el

País Vasco y Navarra, pero, más allá de esto, no podemos olvidar la desmovilización ciudadana que produjo la indiscutida previsión de un resultado favorable. En fin, por primera vez en la historia, España tenía una Constitución de consenso, con la que, pese a los disensos en aspectos concretos, todos los grupos políticos y sociales se identificaban. Sin duda, la experiencia histórica ayudó a conseguir este acuerdo generalizado entre sectores que procedían de la dictadura y otros que venían del exilio y habían estado prohibidos y perseguidos hasta pocos meses antes.<sup>3</sup>

### III. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La primera característica de la Constitución española de 1978 es su carácter derivado. El Constituyente español no aportó rasgos originales al constitucionalismo sino que se mostró atento e informado sobre la evolución de éste en Europa tras la Segunda Guerra Mundial y adoptó las instituciones, mecanismos o procedimientos que durante ese periodo de crecimiento y estabilidad habían funcionado en los distintos países de Europa occidental. El riesgo de este método es la aparición de incoherencias y contradicciones entre unos y otros elementos, de forma que impidan configurar un sistema armónico, particularmente cuando se combina la influencia de Constituciones diversas. Sin embargo, este peligro quedó conjurado pues la mayoría de los textos de referencia atendían al mismo modelo constitucional: la “Constitución normativa jurisdiccionalmente garantizada”, y parten de similares principios, que la Constitución española sintetiza en su artículo 1o. al definir teóricamente al Estado como social y democrático de derecho.

Únicamente algunas influencias del constitucionalismo histórico español y de la Constitución francesa de 1958, que ya sirvió de modelo a la Ley Orgánica del Estado de 1967, han resultado disfuncionales. En el pri-

3 La bibliografía sobre la transición política española y el proceso constituyente es, como puede suponerse, ingente. Las memorias de los participantes son un buen punto de referencia, pese a su inevitable connotación subjetiva. No obstante, con un carácter más global y haciendo una selección también inevitablemente subjetiva pueden citarse los siguientes títulos: Cotarelo, R., *Transición política y consolidación democrática*, Madrid, 1992; Jiménez Campo, J., *Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1981; Morodo Leoncio, R., *La transición política*, Madrid, 1984; Rodríguez, A., *Transición política y consolidación constitucional de los partidos políticos*, Madrid, 1989; Peces-Barba Martínez, G., *La elaboración de la Constitución*, Madrid, 1988. En concreto, sobre la Ley para la Reforma Política, *cfr.*, en un sentido crítico, Lucas Verdu, P., *La octava Ley Fundamental: crítica jurídico-política de la reforma de Suárez*, Madrid, 1975.

mer sentido, puede citarse el tratamiento de la sucesión en la jefatura del Estado (artículo 57) que, por un lado, utiliza una terminología anacrónica, procedente de las Constituciones del siglo XIX y difícilmente comprensible en la actualidad, y, por otro, enuncia una preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión que choca frontalmente con la no discriminación por razón de sexo (artículo 14). En el segundo sentido, han sido varios los rasgos del sistema constitucional francés que han encajado defectuosamente en el ordenamiento constitucional español. Así, la reserva reglamentaria, la restricción de un ámbito material de actuación al Poder Legislativo y su atribución al Ejecutivo, característica de la Constitución francesa, estaba prevista en el primer borrador de Constitución, pero tras las críticas doctrinales por subvertir principios estructurales del ordenamiento fue descartada en la redacción final.<sup>4</sup> Otros rasgos de influencia francesa que finalmente se incorporaron al ordenamiento constitucional por expresa previsión constitucional, desarrollo legislativo o interpretación jurisprudencial ha generado también dificultades interpretativas o aplicativas. Así, la Ley Orgánica, recogida en el artículo 81 de la Constitución española, plantea el problema de su relación con las restantes leyes pues su jerarquía en relación con leyes ordinarias, según el modelo francés, quiebra el régimen unitario de la ley como fuente del derecho. El Tribunal Constitucional evitó con prontitud este riesgo al señalar en una de sus primeras sentencias, la STC 5/1981, el criterio de delimitación material y por ello la relación competencial, no jerárquica, entre las leyes: reserva material a la ley orgánica, pero también, en sentido negativo, reserva a la ley ordinaria de todo lo no reservado expresamente por la Constitución a la ley orgánica.<sup>5</sup> Lo mismo puede decirse del bloque de constitucionalidad,

4 Los argumentos en contra de esta figura fueron numerosos. Contradice, se decía, el principio de legalidad, la forma de gobierno parlamentaria, el control judicial de legalidad, la jerarquía normativa, la seguridad jurídica y supone un reducto de poder ilimitado del Ejecutivo. *Cfr.*, esta cuestión, en Aragón Reyes, M., “La reserva reglamentaria en la [el] proyecto constitucional y su incidencia en las relaciones Parlamento-gobierno”; Ramírez, M., *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, 1978; Garrido Falla, F., “Las fuentes del derecho y la reserva reglamentaria en el proyecto de Constitución”, *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, 1978.

5 Superadas las polémicas de los primeros años, existe numerosa bibliografía en torno a la posición de la ley orgánica en el sistema de fuentes y su relación con la ley ordinaria, *cfr.* Balaguer Callejón, F., *Fuentes del derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Madrid, 1992; Chofre Sirvent, J. F., *Significado y función de las leyes orgánicas*, Madrid, 1994; I. De Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987; Pemán Gavin, J., “Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, vol. I, 1991.

otra construcción francesa, introducida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pero sin que se hayan delimitado con claridad sus contornos,<sup>6</sup> o del control preventivo de las leyes por el Tribunal Constitucional, tal como es propio del Consejo Constitucional francés, posibilidad incorporada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y eliminada pocos años después al comprobarse los efectos perniciosos de su utilización política para paralizar las iniciativas legislativas de la mayoría.<sup>7</sup>

No obstante, al margen de estas cuestiones puntuales, la opción por una Constitución derivada debe valorarse positivamente, pues ha producido una Constitución actualizada, a la que se han trasladado mecanismos e instituciones que ya habían sido experimentados con éxito en otros lugares. Así, coexisten en armonía rasgos procedentes de la Constitución alemana de 1949, seguramente el texto más influyente, la italiana de 1947, la portuguesa de 1976, la sueca, la belga, la holandesa, etcétera.

La voluntad recepticia no ha impedido, introducir algunas innovaciones cuando eran necesarias al “espíritu del tiempo”. Puede mencionarse en este sentido al artículo 93 que señala la posibilidad de atribuir el ejercicio de competencias constitucionales a una organización supranacional. El Constituyente español tenía presente la voluntad de adherirse al proceso de integración europea en marcha desde los años cincuenta y por tal motivo previó el cauce para ello. Así, mientras en otros países europeos como Alemania o Francia la firma del Tratado de la Unión Europea en 1992 y la cesión de ámbitos de actividad estatal que conllevaba provocó un debate sobre la contradicción de este Tratado con la Constitución, conducida a los respectivos tribunales constitucionales y concluida con reformas constitucionales, en España, la presencia de este precepto evitó la polémica, circunscrita a una cuestión puntual: el derecho al sufragio pasivo de los residentes comunitarios en las elecciones municipales, causante de la única, y limitada, reforma constitucional.<sup>8</sup>

6 Sobre las diferencias entre la concepción francesa del bloque y la española, *cfr.* Favoreu, L., y Rubio Llorente, L., *El bloque de constitucionalidad*, Madrid, 1990.

7 *Cfr.* Cruz Villalon, P., “El control previo de constitucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, núm. 82; Gómez Montoro, A. J., “El recurso previo de inconstitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22; Pérez Royo, J., “Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17.

8 Sobre el proceso de integración europea y la Constitución, *cfr.* Balaguer Callejón, F., “La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal”, García Herrera, M. A., *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1997; López Martín, A., *Constitución e integración*, Madrid, 1996; Truyol, A., y Serra, *La integración europea*, Madrid, vol. I, 1999.

Otra característica positiva de la Constitución española es la buena sistemática del articulado, rasgo que tiene también origen en la especial atención que brindó el Constituyente español a la teoría y a la realidad constitucional antes de abordar su tarea. Así, se distingue con claridad una parte dogmática, en la que se incluyen los principios fundamentales y los derechos y libertades junto a una parte orgánica, en la que se relata la organización y funcionamiento de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como la relaciones entre ellos. Luego tras una desvaída referencia a “economía y hacienda” que pretende incluir, aunque lo hace de forma deficiente, la “Constitución económica”, se define la organización territorial del Estado y se señalan, para concluir el articulado, las instituciones de defensa de la Constitución: la garantía ordinaria, representada por el Tribunal Constitucional, y la garantía extraordinaria que supone la rigidez constitucional, el establecimiento de un procedimiento específico de reforma constitucional.

Tras un preámbulo que carece de valor normativo,<sup>9</sup> el articulado constitucional se inicia con un título preliminar en el que se enumeran algunas de las decisiones políticas fundamentales del constituyente, por decirlo en términos schmittianos. La definición del Estado como social y democrático de derecho (artículo 1.1), los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1), la soberanía nacional que reside en el pueblo (artículo 1.2), la monarquía parlamentaria como forma política del Estado (artículo 1.3), el principio de unidad de España, autonomía de las regiones y nacionalidades que la integran y la solidaridad entre ellas (artículo 2o.), el principio de supremacía de la Constitución en cuanto vincula a ciudadanos y poderes públicos (artículo 9.1) o los principios que rigen el ordenamiento jurídico (9.3) son los pronunciamientos más tras-

El Tratado de la Unión Europea de 1992 recogía el derecho los ciudadanos de la Unión al derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del país de la Unión Europea en que residan aunque no sean nacionales. La Constitución de 1978 recogía la posibilidad de derecho al sufragio activo de los extranjeros en las elecciones municipales si lo señalaba una ley o un tratado internacional, pero nada decía del derecho a ser elegido (sufragio pasivo). Antes de la firma del Tratado, el gobierno español acude al Tribunal Constitucional para que éste señale si existe una contradicción entre el Tratado y la Constitución referente a ese punto. El Tribunal, en su Declaración de 1o. de julio de 1992, indica que efectivamente hay tal contradicción y no podría ratificarse el Tratado si previamente no se reforma la Constitución. Así se hizo. Por primera y única vez, hasta el momento, se reformó el artículo 13.2 de la Constitución para adicionar el adjetivo “pasivo” donde la Constitución sólo hablaba inicialmente de sufragio activo.

<sup>9</sup> En torno al preámbulo constitucional, haciendo hincapié en su eficacia interpretativa, *cfr.* Tajadura Tejada, J., *El preámbulo constitucional*, Granada, 1997.

cedentes que hallamos en estos preceptos liminares. Junto a estas decisiones fundamentales, otras también necesarias sobre la lengua (artículo 3o.), la bandera (artículo 4o.), la capitalidad del Estado (artículo 5o.) o el papel de partidos políticos (artículo 6o.), sindicatos (artículo 7o.) y fuerzas armadas (artículo 8o.).

A continuación, el título primero contiene la tabla de derechos. Es una larga lista en la que se adicionan derechos de tipo liberal, esto es, que precisan para su ejercicio una abstención por parte del Estado, junto a derechos de tipo social, que llevan aparejada la exigencia de una prestación estatal e incluso derechos de tercera generación, en los que se advierte la influencia de la Constitución portuguesa de 1976. No obstante lo reseñable en este punto, más allá de la amplitud del sistema de derechos y libertades, es que se disciernen con nitidez las garantías para el ejercicio de cada uno de ellos, garantías que son diferentes según la ubicación sistemática del derecho y permiten una graduación desde los derechos más protegidos, los que se incluyen en los artículos 14 a 29, que acumulan todas las garantías que brinda el ordenamiento, a los que tienen una protección más lábil, los denominados principios rectores de la política social y económica del capítulo tercero del título I, en el que se contienen algunos de los denominados derechos de tercera generación, que, al margen de su eficacia hermenéutica, sólo podrán ser alegados ante los tribunales ordinarios en los términos que establezca la legislación de desarrollo.<sup>10</sup>

Las garantías que el ordenamiento ofrece a los distintos derechos y libertades son de diversos tipos: normativas, jurisdiccionales e institucionales. Garantías normativas son la eficacia directa y la reserva constitucional de ley, de las que gozan los derechos del capítulo segundo del título I (artículos 14 a 38). La garantía institucional la ofrece a todos los derechos del título 1o. (artículos 10 a 55) el defensor del pueblo, definido en la Constitución como “alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la administración,

10 Para conocer más a fondo las características de la tabla de derechos que recoge la Constitución española pueden consultarse, entre otros, los siguientes títulos: Cruz Villalon, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25; Vega García, P. de, “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, *Derechos y economía en el Estado social*, Madrid, 1988; Freixes Sanjuan, T., *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, 1992; Peces Barba, G., *Curso de derechos fundamentales. I. Teoría general*, Madrid, 1991; Prieto Sanchis, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990; Sánchez Ferriz, R., *Estudios sobre las libertades*, Valencia, 1989; Soriano, R., *Las libertades públicas*, Madrid, 1990.



dando cuenta a las Cortes Generales” (artículo 54). Finalmente, las garantías jurisdiccionales se ofrecen en un doble plano, ante los tribunales ordinarios, el denominado amparo ordinario, por un procedimiento preferente y sumario que sigue regulado por una ley provisional y necesitada de mejora, la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos de la persona, y ante el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo constitucional, subsidiario del anterior pues solo se puede plantear, salvo en un caso excepcional, una vez agotada la vía judicial previa. Además, la ratificación por España del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha permitido una ulterior garantía jurisdiccional internacional ofrecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>11</sup>

En la parte orgánica se relatan la composición y funciones de los distintos poderes del Estado, según la triada clásica de Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

El Ejecutivo es bicéfalo pues aparece diferenciado el jefe del Estado, el rey, del presidente del gobierno. El Rey arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones (artículo 56), pero carece de funciones efectivas pues todos sus actos son refrendados por el presidente del gobierno, en la mayoría de las ocasiones, o por el presidente del Congreso en situaciones puntuales indicadas en la Constitución (64.1). El que refrenda será responsable de los actos del rey (artículo 64.2).<sup>12</sup> El presidente del gobierno es investido por el Congreso de los Diputados (artículo 99) y nombra y cesa libremente a los restantes miembros del gobierno

11 La bibliografía sobre las distintas garantías constitucionales de los derechos es muy extensa. En general sobre las garantías, *cf.* Jimenez Campo, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999. Sobre el defensor del pueblo, *cf.* Astarloa Villena, F., *El defensor del pueblo en España*, Palma de Mallorca, 1994; Pérez Ugena, M., *Defensor del pueblo y Cortes Generales*, Madrid, 1996. Sobre el amparo ordinario, *cf.* Carrillo, M., *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, 1995; García Morillo, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Valencia, 1994. En torno al amparo constitucional, *cf.* Cascajo Castro, J. L. y Gimeno Sendra, V., *El recurso de amparo*, Madrid, 1985; AAVV, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, 1996; Rubio Llorente, F., “El recurso de amparo”, en Rubio Llorente, F., y Jiménez Campo, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1999; Díez-Picazo Gimenez, L. M., “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40; Cruz Villalón, P., “Sobre el amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41.

12 Sobre la monarquía en la Constitución española, *cf.* Cabo, C. de., “Supuestos teóricos y funcionalidad histórica de la monarquía: su vigencia en el Estado constitucional”, en Lucas Verdu, P., *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, 1983; Aragón Reyes, M., *Dos estudios sobre la monarquía parlamentaria en la Constitución*, Madrid, 1990; García Canales, M., *La monarquía parlamentaria española*, Madrid, 1989; Porras Ramírez, J. M., *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Madrid, 1995.

(artículo 100).<sup>13</sup> La Constitución reconoce al gobierno la potestad normativa reglamentaria (artículo 97) pero también la potestad legislativa, aunque en este caso con límites materiales y circunstanciales expresamente indicados y con la intervención previa o posterior del órgano parlamentario, previa en el caso del decreto legislativo, que precisa una ley de delegación de las Cortes Generales (artículos 82 a 85)<sup>14</sup> y posterior en el caso de los decretos leyes que, al margen de necesitar como presupuesto habilitante, una “extraordinaria y urgente necesidad”, interpretada de forma laxa por el Tribunal Constitucional, es una actuación normativa de carácter provisional pues deberá ser convalidada por el Congreso de los Diputados en el plazo de treinta días (artículo 86).<sup>15</sup>

El Legislativo está formado por dos cámaras, como preveía la Ley para la Reforma Política, pero se trata de un bicameralismo descompensado. Solo en aspectos puntuales prevalece la posición del Senado. En la actividad política ordinaria la mayor relevancia del Congreso es palmaria pues solo esta cámara participa en actos tan trascendentes como la investidura del presidente del gobierno, su sustitución a través de una moción de censura o el debate de una cuestión de confianza. En el procedimiento legislativo se refleja también esta preeminencia pues aunque los proyectos y proposiciones de ley se debaten en ambas cámaras, la introducción de enmiendas en el Senado conlleva el retorno del proyecto o proposición al Congreso donde se aprueba de forma definitiva. Además, el derecho a interponer veto reconocido al Senado en la tramitación legislativa no es, en ningún caso, absoluto ya que puede ser levantado en su vuelta al Congreso por mayoría absoluta o incluso por mayoría simple dejando transcurrir dos meses desde su interposición (artículo 90.2).<sup>16</sup>

13 Cfr. López Calvo, J., *Organización y funcionamiento del gobierno*, Madrid, 1996; Pérez Francesch, J. L., *El gobierno*, Madrid, 1996; Revenga Sánchez, M., *La formación del gobierno en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1988.

14 Cfr. Gutiérrez Gutiérrez, I., *Los controles de la legislación delegada*, Madrid, 1995; Jiménez Campo, J., “El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 10; Virgala Foruria, E., *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Madrid, 1991.

15 Cfr. Carmona Contreras, A. M., *La configuración constitucional del decreto-ley*, Madrid, 1997; Santolaya Machetti, P., *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, 1988; Salas, J., “Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, vol. I.

16 Sobre la organización y funcionamiento de las Cortes Generales, cfr. Molas, I., y Pitarch, I., *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, Madrid, 1987; Sole Tura, J. y Aparicio, M. A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, 2a. ed., Madrid, 1988. Respecto al procedimiento legislativo es descriptivo el libro de García Martínez, M. A., *El procedimiento legislativo*, Madrid, 1987.

El siguiente título se refiere a las relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo. Estos preceptos, aparte de mencionar los mecanismos clásicos de control parlamentario del gobierno (interpelaciones, preguntas, etcétera), regulan los instrumentos típicos del “parlamentarismo racionalizado”, teorizado en el periodo de entreguerras e introducido en las Constituciones de posguerra, particularmente en la alemana de 1949, para evitar la inestabilidad política. Así, tomando la figura directamente de esa Constitución y con una regulación similar, se recogen la moción de censura y la cuestión de confianza como mecanismos para exigir la responsabilidad política del gobierno. La moción de censura permite la sustitución del presidente del gobierno que ha perdido el apoyo de la mayoría parlamentaria, pero solo en el caso de que otro candidato concite el respaldo de la mayoría absoluta del Congreso (artículo 113). Se impiden con ello las mayorías puramente negativas, incapaces de concertar un candidato y un programa de gobierno común. La cuestión de confianza es planteada por el propio presidente sobre su programa de gobierno o una declaración de política general para confirmar que sigue contando con el respaldo del órgano parlamentario (artículo 112). Si no es así, sí no obtiene la confianza de la mayoría simple del Congreso, presentará su dimisión al rey y se reiniciará el procedimiento para la investidura de un nuevo presidente (artículo 114).<sup>17</sup>

Finalmente, el Poder Judicial es el único que recibe esta denominación en la Constitución. Está integrado por jueces y magistrados que, cada uno ellos por separado, gozan de las prerrogativas de independencia, inamovilidad, responsabilidad y está sometido únicamente al imperio de la ley (artículo 117.1). Se prevé el beneficio de justicia gratuita para litigar (artículo 119 y LO 1/1996) y se prevé un órgano de gobierno de los jueces, el Consejo General del Poder Judicial, compuesto por el presidente del Tribunal Supremo y veinte miembros elegidos por las dos cámaras parlamentarias, según indica la LO 6/1985, y fue aceptado por el Tribunal Constitucional aun apuntando que acaso no era la interpretación más adecuada del artículo 122.3 de la Constitución (STC 108/1986).<sup>18</sup>

17 Estudios sobre el control parlamentario del gobierno son los de García Morillo, J., *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, 1985; Aragón Reyes, M., “El control parlamentario como control político”, *Revista de Derecho Político*, núm. 6, 1980. En relación a la moción de censura, *cfr.* Sánchez de Dios, M., *La moción de censura*, Madrid, 1992; Virgala Foruria, E., *La moción de censura en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1988. Sobre la cuestión de confianza, *cfr.* Fernández Segado, F., “La cuestión de confianza: marco jurídico-constitucional y praxis política”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21, 1987.

18 *Cfr.*, en la doctrina española, Díez-Picazo Gimenez, L. M., *El régimen constitucional del Poder Judicial*, en *Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México* DR © 2004. *Cámara de Diputados - LVII Legislatura*

En sus dos últimos títulos (IX y X) se ocupa la Constitución de los mecanismos típicos de defensa de la Constitución o garantía de su normatividad en el constitucionalismo de posguerra: la justicia constitucional, a través del Tribunal Constitucional, garantía ordinaria en cuanto asegura que todos los poderes públicos respetarán en su actuación el texto constitucional so riesgo de sanción jurídica, y el procedimiento de reforma constitucional, la rigidez constitucional, que limita al legislador ordinario para una hipotética modificación de la Constitución.

El Tribunal Constitucional español está formado por doce miembros, elegidos por los tres poderes del Estado, cuatro por el Congreso y cuatro por el Senado, con una mayoría de tres quintos, dos por el gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial. Al reseñar sus funciones, el Constituyente español tomó como modelo la Constitución alemana, que desarrolla y completa la primigenia construcción kelseniana del sistema europeo de control de constitucionalidad,<sup>19</sup> aunque con algunas alusiones reprochables en relación al antecedente alemán, como la posibilidad de plantear un conflicto de atribuciones por un grupo parlamentario o un partido extraparlamentario que ha configurado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán interpretando la redacción amplia del precepto, y otras plausibles, pues en España no se recoge el proceso para la prohibición de partidos. El Tribunal Constitucional realiza tres funciones básicas: el control de constitucionalidad de las leyes, la resolución de los conflictos de competencias centro-periferia o de atribuciones entre los órganos constitucionales y la protección de los derechos fundamentales. En primer lugar, el control de constitucionalidad de la ley se prevé en sus dos vertientes, abstracta (recurso de inconstitucionalidad) y concreta (cuestión de inconstitucionalidad). El recurso de inconstitucionalidad puede ser planteado fundamentalmente por órganos políticos (presidente del gobierno, cincuenta diputados, cincuenta senadores y órganos legislativo y ejecutivo de una comunidad autónoma), aunque también está legitimado el defensor del pueblo (artículo 162. 1 a). Estos recursos han sido más numerosos que en Alemania, fundamentalmente porque se han vinculado a

der Judicial, Madrid, 1991; Movilla, C., e Ibañez P., Andrés *El Poder Judicial*, Madrid, 1986; Otto Pardo, I. de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989. Sobre el Consejo General del Poder Judicial, cfr. Terol Becerra, M., *El Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1993.

19 Sobre los orígenes del sistema europeo de control de constitucionalidad hay un libro imprescindible en español. Es el de Cruz Villalon, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987.

través de este proceso los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades cuando en la controversia interviene una ley, por previsión expresa del artículo 67 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Más allá de esta función controversial, presente sobre todo cuando el recurso es planteado por el presidente del gobierno frente a una ley autonómica o los órganos autonómicos frente a una ley estatal, el incoado por cincuenta diputados o senadores es un cauce para la protección de las minorías frente a la actuación de la mayoría que, más allá de la valoración política que merezca, contradice la Constitución. La cuestión de inconstitucionalidad, el proceso de control concreto de la ley, lo plantea un órgano judicial que considera en el marco de un proceso que la norma legal aplicable de cuya validez depende el fallo puede ser contraria a la Constitución (artículo 163). Como el juez está sometido a la ley, su única opción es plantear este proceso ante el Tribunal Constitucional. Los órganos judiciales fueron remisos en los primeros años de funcionamiento del Tribunal a elevar cuestiones. Sin embargo, su número se ha acrecentado en los últimos años. Para algunos autores esta forma de control de constitucionalidad de la ley es más adecuada que el control abstracto puesto que al plantearse en el marco de un proceso y resolverse en relación a un caso concreto, aunque con efectos generales, existe menor riesgo de politización en la actuación del Tribunal que cuando éste debe pronunciarse en abstracto. Sin embargo, no puede olvidarse la importancia del control abstracto, por ejemplo, para la protección de las minorías parlamentarias. Existen otros medios para evitar el “riesgo de politización” como la *judicial self restraint*, aplicable a cualquier proceso constitucional, o la presunción de legitimidad de la ley, que debe ser plenamente contradicha para declarar su inconstitucionalidad.

Los conflictos de competencias pueden plantearse entre el Estado y las comunidades autónomas o entre éstas y pueden ser positivos, cuando ambas administraciones se consideran competentes y negativos, cuando las dos rechazan su competencia (artículo 161.1 c). Lo cierto es que la mayoría de los conflictos han sido positivos entre el Estado y las comunidades autónomas. Éstos fueron numerosos en los primeros años de funcionamiento del Estado autonómico, aunque en la actualidad se advierte un relativo descenso, ralentizado por la asunción de nuevas competencias por algunas comunidades autónomas, que provoca nuevos conflictos. Frente a éstos, los conflictos de atribuciones, no previstos en la Constitución sino en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se pueden plantear entre

los órganos que señala esta Ley u otras leyes orgánicas. La primera sentencia que resolvió un proceso de este tipo fue la 46/1985, que aborda un conflicto de atribuciones entre el Consejo General del Poder Judicial y el órgano legislativo.

Finalmente, el recurso de amparo constitucional puede ser incoado por personas físicas o jurídicas que invoquen un interés legítimo (artículo 162.1 b) frente a los actos de los poderes públicos, y también de los particulares, aunque esto no lo diga expresamente la Constitución, que vulneren algunos de los derechos contenidos en la sección primera, del capítulo II del título I o el principio de igualdad y la objeción de conciencia (artículo 53.2). La mayoría de los asuntos que llegan al Tribunal son recursos de amparo, lo que ha producido la saturación que relatamos en el siguiente apartado.<sup>20</sup>

Para concluir con este rápido repaso a la Constitución española debemos ocuparnos de su último título, referido a la reforma constitucional. En él se aborda la cuestión de los sujetos legitimados para iniciar la reforma (artículo 166), que son los mismos que en el caso de la iniciativa legislativa con la elusión, ciertamente trascendente, de la iniciativa popular. Se establecen dos procedimientos distintos de reforma: uno ordinario, relativamente simple pues precisa mayoría de tres quintos de cada cámara y ni siquiera referéndum si no es solicitado por una décima parte de los miembros de cualquiera de las cámaras (artículo 167) y otro agravado cuando se pretende una reforma total de la Constitución o parcial que afecte al título preliminar, la sección primera del capítulo segundo del título primero, esto es, el bloque de derechos especialmente protegidos por el ordenamiento, o el título II referido a la Corona. Este procedimiento ha sido fuertemente criticado por la doctrina, con toda razón, pues más que un cauce de reforma es un mecanismo para evitar la reforma.<sup>21</sup>

20 En general, sobre los distintos procesos constitucionales, *cfr.* Rubio Llorente, F., y Jiménez Campo, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1999; AAVV, *Los procesos constitucionales*, Madrid, 1992; Rodríguez Piñero, M. (coord.), *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1995.

21 Trabajo imprescindible para entender la reforma constitucional no solo en su regulación positiva sino, fundamentalmente, en su concepción teórica es el de Vega García, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985. *Cfr.*, también, Jiménez Campo, J., “Algunos problemas de interpretación del título X de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, UNED, 7; Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución*, Madrid, 1987; Ruipérez, J., “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 75.

#### IV. DEFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN E INTERROGANTES ABIERTAS

Hasta aquí hemos relatado las características de la Constitución de una forma esencialmente descriptiva. Ahora, nos queremos detener, de forma selectiva, en las cuestiones más polémicas del texto descrito. Dentro de lo que podríamos denominar “defectos de la Constitución”, o, de una forma más genérica, problemas advertidos en su aplicación, pueden elaborarse dos listas. La primera está compuesta por aquellas cuestiones que aun deficientes o discutibles no han afectado al buen funcionamiento del sistema; incluso, en muchos casos, el vicio de origen ha quedado disipado por una correcta interpretación del Tribunal Constitucional. La segunda lista, más trascendente, la compondrían las grandes interrogantes abiertas, aquellas cuestiones que en la actualidad nublan el buen funcionamiento del sistema constitucional español.

Entre las objeciones “menores” apuntamos, en primer lugar, la ambigüedad de muchos preceptos constitucionales. Su causa está bien acotada; en ocasiones, la redacción ambigua fue el modo de lograr el consenso que presidió, como se ha expuesto, el proceso constituyente. Puede sorprender que tan relevante cuestión sea considerada un problema menor. Sin embargo, así es en la actualidad, con alguna excepción que se apuntará, merced al desarrollo político que ha realizado el legislador, en los amplios márgenes que le permite la indeterminación constitucional, y a la labor del Tribunal Constitucional. La inconcreción terminológica se advierte, por ejemplo, en el artículo 15 cuando se utiliza un impreciso “todos” para definir el titular del derecho a la vida. Detrás latía la polémica cuestión de la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo que dividió irreductiblemente a los constituyentes. Merced a la indefinición constitucional, el legislador pudo despenalizar el aborto en determinados supuestos y el Tribunal Constitucional, tras destacar que el *nasciturus* es un bien jurídico protegido, admite esa opción, aunque en una sentencia poco feliz, la 53/1985. Algo similar ocurrió con el modelo educativo, otro aspecto discutido durante los debates constituyentes de forma muy polarizada. El consenso se alcanzó en torno a un farragoso artículo 27 en el que se mezclan manifestaciones de la libertad de enseñanza, derecho de libertad, y del derecho a la educación, derecho prestacional. La primera mayoría parlamentaria, UCD, tenía una concepción del modelo educativo que plasmó en una Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares; luego, cuando en la segunda Legislatura el PSOE alcanzó el poder, sustituyó esa

ley por otra que reforzó el carácter prestacional del derecho a la educación. Ambas leyes fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional y éste consideró que ambos modelos educativos tenían cabida en el texto constitucional. La organización territorial del Estado es la excepción anotada pues algunos de sus problemas actuales tienen origen en la indefinición del constituyente en aras del consenso. En verdad, la redacción del título VIII es sumamente imprecisa. Si ha podido funcionar, si ha sido medianamente comprensible, se debe a la labor de compromiso de los actores políticos y, fundamentalmente, a la tarea de delimitación competencial que ha realizado el Tribunal Constitucional desde 1981.

Aunque son muchos los preceptos perfeccionables; nos limitamos a mencionar los más señeros en cuanto inciden en los pilares básicos de la Constitución. Así, tiene una deficiente regulación en origen el sistema de fuentes del derecho, que ni siquiera recibe un tratamiento específico, sino que encuentra sus referentes positivos diseminados por el texto constitucional. Sorprende la ausencia de mención alguna al principio de competencia, cuando se ocupa de otros como jerarquía o prevalencia. Sin este principio, bien ahormado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no podría entenderse la relación entre el ordenamiento general del Estado y los ordenamientos autonómicos o entre los distintos tipos de ley.<sup>22</sup> Tampoco el reglamento tiene un tratamiento adecuado, permaneciendo la duda sobre los reglamentos independientes y en relación a la delegación legislativa se habilita el control de los tribunales ordinarios sobre el decreto legislativo, fuente con rango de ley, que tiene su sentido en la tradicional concepción de la delegación legislativa pero choca con el principio de sometimiento de los tribunales a la ley (artículo 117.1). En este último caso, lejos de solventarse el problema por el desarrollo legislativo y jurisprudencial se ha agudizado al reconocerse esa posibilidad de control del decreto legislativo, norma con rango de ley, por los tribunales ordinarios en la legislación de desarrollo, tanto implícitamente, artículo 17.2 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como expresamente, artículo 1.1 Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa. Incluso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

22 Tampoco puede olvidarse la labor desarrollada por la doctrina pues se han publicado acabadas y estimulantes construcciones del sistema de fuentes en la Constitución como las de Otto Pardo, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987; Balaguer Callejón, F., *Fuentes del derecho. I y II*, Madrid, 1991 y 1992 o Santamaria Pastor, J. A., *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, 1988.



ha mencionado, aun de forma tangencial, que el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde también a la jurisdicción ordinaria (STC 47/1984).

En cuanto a las instituciones de garantía, tanto el Tribunal Constitucional como la reforma constitucional tienen aspectos discutibles. Respecto al primero, sorprende la ausencia del amparo frente a leyes cuando es conocido que pueden existir leyes que afectan directamente a los ciudadanos sin intermediación de un acto de aplicación, e incluso, esta ausencia fue una de las causas de la condena del Estado español por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 23 de junio de 1993 (caso Rumasa).<sup>23</sup> Esta modalidad de amparo no está impedida por la Constitución sino por su ley de desarrollo, a diferencia de lo que ocurre en Alemania o, con las peculiaridades conocidas, en México y en numerosas Constituciones de América Latina. También está planteando problemas el privilegio procesal concedido al gobierno de la nación consistente en la suspensión de la ley autonómica cuando es recurrida por el Ejecutivo estatal si así lo solicita éste (artículo 161.2). El riesgo de utilización política está presente cuando el partido mayoritario en el Estado está en la oposición en una determinada comunidad autónoma. En cuanto a la reforma constitucional, ha sido resaltada en la doctrina la deficiente regulación del procedimiento agravado.<sup>24</sup> La complejidad del procedimiento convierten a este precepto en una cláusula de intangibilidad implícita, pues su extrema dificultad casi impide en la práctica la reforma de las normas afectadas. Sin embargo, como tal cláusula es demasiado amplia pues no se limita a principios concretos como ocurre en Alemania, Francia o Italia con esta figura, sino a bloques completos de materias en los que coexisten junto a la regulación de aspectos muy importantes, otros que son menos y no merecerían ese tratamiento.

Todavía podrían enumerarse otras objeciones puntuales como la escasa regulación de los grupos parlamentarios, la discutible delimitación de los derechos fundamentales, la siempre compleja cuestión del contenido esencial de los derechos, la peculiar interpretación de la extraordinaria y urgente necesidad en el decreto-ley o las restricciones a la iniciativa le-

23 Cfr., sobre esta cuestión, Montilla Martos, J. A., *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, 1994. En relación a la mencionada sentencia del TEDH, también Montilla Martos, J. A., "Defensa judicial versus ley singular de intervención. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40.

24 Véase nota 21.

gislativa popular, en una relación siempre discutible por subjetiva. Sin embargo, prefiero abordar los tres problemas más graves a los que, a mi juicio, se enfrenta en la actualidad del régimen constitucional español. En primer lugar, sin duda el más importante: la deriva tomada, particularmente en los últimos años, por el Estado autonómico; en segundo lugar, e interconectado con el anterior, la inutilidad del Senado en su configuración actual y, finalmente, la saturación que sufre el Tribunal Constitucional.

Se ha mencionado más atrás que el artículo 2o. de la Constitución menciona, entre las decisiones políticas fundamentales, la autonomía de las nacionalidades y regiones. Resultaba clara la voluntad del constituyente de superar la centralización del Estado. Era una reivindicación expresada junto a las de contenido estrictamente político por la oposición al franquismo, sobre todo en el País Vasco y Cataluña.

El título VIII de la Constitución desglosa la organización territorial del Estado pero no indica cuáles son los territorios autónomos ni sus competencias e instituciones; prevé distintos procedimientos para que las provincias —pilar de la estructura territorial centralizada en España desde la primera mitad del siglo XIX— con rasgos comunes puedan constituir comunidades autónomas. La iniciativa corresponde a los territorios y finalmente los estatutos se aprobarán por una ley orgánica estatal. Es lo que Cruz Villalón, actual presidente del Tribunal Constitucional, denominó desconstitucionalización del Estado autonómico.<sup>25</sup> En realidad, se trataba de una remisión a fuentes con algunas características especiales, los Estatutos de Autonomía, leyes orgánicas cuya especificidad se muestra tanto en su aprobación como en su reforma, que formaban, junto a la Constitución, lo que el autor precitado denominó la Constitución territorial.<sup>26</sup> La Constitución señalaba determinadas materias de competencia exclusiva del Estado y a partir de éstas, las CCAA podían asumir, si lo preveía su estatuto, competencias sobre las restantes. Finalmente se recoge una cláusula residual: las materias competenciales que no fueran asumidas por las comunidades en sus estatutos son competencia residual del Estado (artículo 149.3).

No obstante, ese máximo nivel competencial, limitado sólo por la lista de competencias exclusivas del Estado del artículo 149.1, podía alcan-

25 Cruz Villalón, P., “La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa”, *Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense*, núm. 4, 1982.

26 Cruz Villalón, P., “La Constitución territorial”, en Cruz, P. et al., *El Estatuto de Andalucía. I. Las competencias*, Barcelona, 1990.

zarse desde la aprobación de los estatutos sólo si éste se había elaborado por el procedimiento previsto en el artículo 151, dificultoso, pero no si se había seguido el cauce previsto en el artículo 143, CE, mucho más simple, en cuyo caso sólo podían asumirse competencias sobre las materias que se enumeraban en el artículo 148.

El procedimiento del artículo 151 era muy complejo pues exigía la voluntad concurrente de una mayoría cualificada de los territorios y, además, la celebración de dos referéndos, en el primero de los cuales la iniciativa autonómica debía obtener el apoyo de la mayoría absoluta del censo, no de los votantes, en cada una de las provincias. Sin embargo, quedaban liberados de estos requisitos para seguir este procedimiento, los territorios que en el pasado hubieran plebiscitado un estatuto de autonomía, según la disposición transitoria segunda. El pronóstico que latía tras esa regulación, aunque no se estableciera formalmente, era que solo esas “comunidades históricas”, Cataluña, País Vasco y Galicia, accedieran en un primer momento al máximo nivel de autonomía permitido por la Constitución, mientras los restantes territorios asumirían competencias más limitadas. Sin embargo, nada impedía a otros territorios aventurarse por el complicado cauce del artículo 151 y Andalucía lo inició. Tras enfrentarse a la oposición política de la mayoría gubernamental por romper el esquema bosquejado implícitamente pero, a su vez, utilizando la capacidad de presión política que le otorgó un gran apoyo popular para sortear el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en la Constitución, Andalucía se unió al grupo de territorios con máximo nivel de autonomía. Puede suponerse que su ejemplo fue inmediatamente emulado por otros territorios. Ante la situación de descontrol del proceso autonómico y con la indudable influencia del intento de golpe de Estado de 1981, los partidos políticos mayoritarios, UCD y PSOE, firman un Pacto autonómico para reconducir el proceso. Según éste, los territorios que todavía no habían aprobado su estatuto lo harán por el procedimiento de autonomía menos plena (artículo 143). Situación específica era la de Canarias y Valencia, que estaban a punto de concluir el procedimiento de aprobación del estatuto siguiendo el modelo de Andalucía. Para estos territorios se acuerda una solución de compromiso. Su Estatuto será del mismo tipo que el de las restantes comunidades de autonomía limitada pero coetáneamente a su entrada en vigor el Estado aprobará una ley orgánica de transferencia o delegación (artículo 150.2), cauce de atribución de facultades

competenciales del Estado a las CCAA para igualar su nivel competencial a las históricas y Andalucía.

Se forman por tanto dos grupos de CCAA con un nivel de autonomía diferenciado, que comienzan a ejercer las competencias asumidas en el Estatuto y traspasadas por el Estado. En esta estructura bipolar del Estado autonómico culminada en 1983 hallamos, en un lado, a Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Canarias, Valencia y Navarra, en este caso en virtud de su condición de territorio histórico (disposición adicional primera) y, en el otro, a las diez comunidades restantes que habían quedado constituidas. Sin embargo, la diferenciación no era definitiva. La propia Constitución señala que transcurridos cinco años desde la aprobación de los estatutos podrán reformarse los estatutos de las comunidades de autonomía limitada para ampliar sus competencias (artículo 148.2). Llegado ese momento se suceden las reivindicaciones políticas en tal sentido. Ante el temor de un nuevo “desorden autonómico”, provocado por las iniciativas unilaterales de reforma trasladadas a las Cortes Generales para su aprobación definitiva, los partidos mayoritarios, en este caso el PSOE en el gobierno y el Partido Popular en la oposición, culminaron un nuevo pacto autonómico, el 28 de febrero de 1992, en el que se pergeñó el desarrollo futuro del Estado autonómico. Se planeó la ampliación competencial que produjo una virtual equiparación competencial entre todas las comunidades autónomas, con la única diferencia señera de la materia de sanidad. Además, se acordó un procedimiento peculiar. Así, primero se aprobó una Ley Orgánica de Transferencias del Estado a las CCAA en la que se incluyeron las mismas atribuciones para todos los territorios afectados y estos partidos se comprometieron a apoyar en los respectivos parlamentos autonómicos la iniciativa y en las Cortes Generales la Ley Orgánica de Reforma Estatutaria siempre que tenga el mismo contenido que la ley atributiva previa. Así se desarrolló este proceso entre 1992 y 1994, continuado de otra oleada de reformas estatutarias que produjeron una equiparación también institucional entre las comunidades autónomas. Además se cerraba el Estado autonómico al prever algunos estatutos de autonomía con características especiales para Ceuta y Melilla, las ciudades españolas situadas en el norte de África (LLOO 1 y 2/1995).

En este momento, siquiera de forma peculiar, parecía armonizado el Estado autonómico. En primer lugar, se había alcanzado una relativa equiparación competencial e institucional entre todas las comunidades autónomas, al margen de la capacidad de actuación política de cada una

de ellas; en segundo lugar, las leyes de transferencia y delegación, un instrumento potencialmente diferenciador en cuanto permitía atribuir competencias a una comunidad y no a las restantes, había cumplido una función homogeneizadora; en tercer lugar, el acuerdo político, el espíritu de consenso, se había alargado hasta 1992, aunque ahora solo entre los dos grandes partidos, dejando al margen a los nacionalistas y, finalmente, en cuarto lugar, el Tribunal Constitucional había convertido en transitable el difícil ámbito de las materias competenciales.<sup>27</sup> Parecía el momento de desarrollar los mecanismos propios del Estado federal cooperativo, pues de facto el modelo estaba en condiciones de funcionar como tal, pese a que no se reconociera formalmente su índole federal. De hecho, la segunda parte de los acuerdos autonómicos de 1992 se dedicaba al desarrollo del principio de cooperación y las propuestas de reforma del Senado para convertirlo en el centro de las relaciones de colaboración y coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas adquirirían en ese momento importante auge.

Sin embargo, justo a partir de entonces el Estado autonómico ha iniciado una tendencia caótica en la que se encuentra estancado en los albores del siglo XXI. Los partidos nacionalistas de Cataluña y el País Vasco rechazan la tendencia al federalismo cooperativo simétrico y apelan al diferencialismo, concretado en el establecimiento de relaciones bilaterales con el Estado. Además, su capacidad de presión política ha aumentado pues tanto en la quinta (1993-1996) como en la sexta Legislatura (1996-2000) se convierten en partidos “bisagra”, necesarios para configurar una mayoría parlamentaria. La situación es problemática. En Cataluña parece posible un encauzamiento jurídico-constitucional del diferencialismo, concretado ya, por ejemplo, en la atribución del tráfico a través de una ley orgánica de transferencias, utilizada por primera vez en su originario sentido diferenciador. Sin embargo, la situación es más complicada en el País Vasco, donde el Partido Nacionalista Vasco, que representa al nacionalismo moderado y gobierna esa comunidad desde las primeras elecciones autonómicas, ha derivado hacia posiciones soberanistas en unidad de acción política con el nacionalismo radical, vinculado a la organización terrorista ETA. Esa actitud es justificada como una estrategia para terminar con el terrorismo que asola el País Vasco desde hace decenios, pero

27 Un relato más detallado del proceso de formación del Estado autonómico puede consultarse en mi libro, *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación. Configuración constitucional y práctica política*, Madrid, 1998.

sus consecuencias políticas son impredecibles. La solución es difícil y el problema grave pues el nacionalismo cuenta con el apoyo de, aproximadamente, el 50% del cuerpo electoral del País Vasco, sumado el moderado y el radical.

La imposibilidad de dar forma definitiva y estable al Estado autonómico es, sin duda, el problema más grave que tiene planteado el sistema constitucional español en la actualidad. Una respuesta técnico-jurídico a la que se apela a menudo, con motivo, es la reforma del Senado para convertirlo en lugar de encuentro y diálogo, cooperación y colaboración, de los representantes de las comunidades autónomas y del Estado. La existencia de una segunda cámara tiene dos fundamentos distintos en las diversas Constituciones. En algunos casos se trata de una cámara de reflexión o incluso de *auctoritas*, en este caso no necesariamente representativa sino más bien corporativa; por el contrario, en los estados descentralizados funciona como cámara de representación territorial. El problema del Senado español es que se sitúa entre ambos modelos. El artículo 69, CE lo presenta como cámara de representación territorial. Sin embargo, luego no le atribuye las funciones que, en consecuencia, le corresponderían. Sus miembros se eligen por un sistema mayoritario en listas abiertas, lo que, en teoría, que no en la práctica, permitiría la incorporación de personalidades con reconocimiento social al margen de los partidos; además, la circunscripción es la provincia, no la CCAA, salvo unos cuantos senadores, apenas un 15%, que son elegidos por las propios parlamentos autonómicos; y, sobre todo, respecto a sus competencias, son puntuales y poco trascendentes en la práctica las ocasiones en que tiene una función preeminente sobre el Congreso en asuntos autonómicos. Actúa, por tanto, en la práctica como una cámara de segunda lectura en la que se introducen enmiendas a la ley que se tramita, fruto de acuerdos políticos de ultima hora, que luego deberán ser ratificadas por el Congreso.

En 1994 se reformó el Reglamento del Senado para potenciar su función como cámara de representación territorial y se creó la Comisión General de Comunidades Autónomas. Sin embargo, la reforma ha sido un fracaso. Esta Comisión no ha tenido una participación efectiva en la tramitación de las leyes que afectan directamente al Estado autonómico. Sirvan de ejemplo las leyes de transferencia o las de reforma de los estatutos. En estos casos la intervención de la Comisión ha sido puramente un trámite. Por ello, parece necesaria la reforma de la Constitución para atribuir al Senado funciones de iniciación e incluso de veto absoluto en de-

terminadas leyes que afectan al Estado autonómico. Si el objetivo es construir un federalismo cooperativo, el *Bundesrat* alemán puede ser un buen modelo.<sup>28</sup>

Finalmente, queremos llamar la atención sobre un tercer problema, acaso con menos trascendencia política que los anteriores pero que amenaza también, como los otros, el funcionamiento del sistema constitucional. Es la saturación del Tribunal Constitucional.

En estas páginas se ha destacado la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la consolidación constitucional, más allá de la crítica que merezcan algunas de sus decisiones. No obstante, resulta habitual en la actualidad que la sentencia que resuelve un recurso de inconstitucionalidad se demore hasta diez años.<sup>29</sup> Cuando un órgano jurisdiccional tiene asuntos con este lapso de pendencia, resulta evidente que el problema es grave y las respuestas deben ser urgentes. Importa recordar que la saturación no ha sido provocada por los procesos de control de constitucionalidad de normas, ni por los conflictos de competencias o de atribuciones entre órganos constitucionales, sino por el recurso de amparo constitucional, y, más concretamente, por los recursos planteados ante una hipotética violación de las garantías procesales que reconoce el artículo 24.2 CE en la vía judicial ordinaria pues sistemáticamente se acude al Tribunal Constitucional por esta vía cuando se agotan los recursos ante la jurisdicción ordinaria. Estos recursos suponen más del 95% de los asuntos que llegan al Tribunal Constitucional.

No es ésta una situación desconocida en los sistemas europeos de justicia constitucional. La diferencia es que en otros lugares se ha abordado el problema y en España no se reconoce aún su enjundia. En Italia, de 1987 a 1989 se abordó la eliminación del retraso mediante distintas medidas organizativas y desde entonces los casos se resuelven en un plazo inferior al año desde su planteamiento;<sup>30</sup> en Alemania es ésta una cuestión ampliamente debatida en la doctrina desde hace años e, incluso, se ha constituido una comisión de estudio, auspiciada por el Ministerio Federal

28 Cfr., sobre la problemática de la reforma del Senado y su relación con las comunidades autónomas, Punset Blanco, R., *El Senado y las comunidades autónomas*, Madrid, 1987; Visiedo Mazón, F. J., *La reforma del Senado. Territorialización del Senado. Comisión General de Comunidades Autónomas*, Madrid, 1997.

29 Así ocurre con sentencias como la 172/1998, 173/1998, 103/99, 116/1999, 127/1999 o 233/1999, por citar algunas recientes.

30 Cfr., sobre este proceso, por ejemplo, Pizzorusso, A. et al., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, 1997.

de Justicia y presidida por un antiguo presidente del Tribunal Constitucional, E. Benda, para tratar la cuestión y aportar respuestas. Sin embargo, en España, más allá de algún pronunciamiento doctrinal, nada se ha avanzado en esa dirección.

Las soluciones que se han bosquejado en los distintos países son diversas y debieran ser objeto de un debate sosegado también en España. Van desde las más modestas, como la simplificación de la fundamentación jurídica para aumentar el número de casos que pueden ser conocidos por el Tribunal o el aumento del número de magistrados, a otras más osadas como la eliminación del recurso de amparo constitucional o del recurso frente a la vulneración de las garantías procesales y la sustitución por una sala de amparo en el órgano máximo del Poder Judicial, el Tribunal Supremo, o la posibilidad de elegir entre los asuntos planteados solo aquellos con relevancia constitucional, según el sistema americano. Esta última ha sido la propuesta elevada finalmente en Alemania al gobierno federal por la Comisión Benda.<sup>31</sup>

31 La propuesta de la Comisión se concreta en la necesidad de incluir un nuevo precepto en la ley reguladora del Tribunal Constitucional que señale: “El Tribunal Constitucional puede admitir un recurso de amparo. Para ello tendrá en cuenta si su decisión resulta de especial relevancia para la clarificación de una cuestión jurídico-constitucional o para la protección de los derechos fundamentales”. No obstante, entiende la Comisión que esta modificación legislativa requiere la previa reforma constitucional. *Cfr.*, un comentario al Informe de la Comisión en español, en López Pietsch, P., “Objetivar el amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, mayo-agosto, 1998. Esta posición ha sido defendida también en la doctrina. Los trabajos previos más conocidos que planteaban esta posición son los de Böckenforde, E., “Die Überlastung des Bundesverfassungsgericht”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1996 y Wahl, R. y Wieland, J., “La jurisdicción como bien escaso. El acceso al Bundesverfassungsgerichts”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1996 (publicado originalmente en *Juristen Zeitung*, 1996). Otros autores habían propuesto reformas internas y organizativas del Tribunal para mejorar su funcionamiento antes de plantear modificaciones normativas. Así, Schneider, H. P., “SOS aus Karlsruhe das Bundesverfassungsgericht vor dem Untergang?”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996; Zuck, R., “Die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1997 o Söllner, A., “Zur Entlastung des BverfG durch eine Verfassungsanwaltschaft”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1997.



## LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

Néstor OSUNA PATIÑO\*  
Humberto SIERRA PORTO  
Alexei Julio ESTRADA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Principios, derechos y garantías*.  
III. *La estructura del Estado colombiano*. IV. *La Constitución económica*.

### I. INTRODUCCIÓN

Desde su fundación como Estado independiente, a principios del siglo XIX, Colombia ha intentado ajustar sus relaciones de poder a los diversos modelos constitucionales que en ese lapso han formado parte de la cultura política occidental. Se trata, por tanto, de dos siglos de notables transformaciones en sus estructuras económicas, sociales y políticas, toda vez que la organización heredada del régimen colonial situaba sus instituciones y su dinámica social prácticamente en las antípodas de cualquier forma liberal, igualitaria o democrática. De entrada debe anotarse que no obstante los diversos ensayos constitucionales y políticos, y el evidente progreso de Colombia en sus dos siglos de vida independiente, existen aún agudas tensiones sociales que, en ocasiones, parecen sobrepasar la capacidad institucional del Estado y desbordar el esquema constitucional.

Las sucesivas Constituciones colombianas han sido constantes en establecer la forma republicana del Estado, con sistema presidencial de gobierno y Parlamento representativo. En su evolución, también es perceptible un progresivo ensanchamiento de las formas democráticas. En materia de distribución territorial del poder, en cambio, Colombia no ha encontrado aún un esquema institucional que responda en forma adecuada a su diversidad regional. A lo largo de su historia ha ensayado el cen-

\* Los autores son profesores de la Universidad Externado de Colombia.

tralismo a ultranza, el sistema unitario con diversos grados de descentralización administrativa y política y el modelo federal, sin que ninguno de ellos se haya consolidado o haya logrado aceptación generalizada. Así mismo, las instituciones colombianas no han logrado, hasta el momento, conformar una red de prestación de servicios básicos de magnitud suficiente como para integrar a toda la sociedad. Persisten, por tanto, sectores sociales marginados de los beneficios del sistema político, así como segmentos territoriales en los cuales la presencia del Estado es precaria.

Después de un siglo de vicisitudes constitucionales, jalonado por numerosas guerras civiles, el país conoce la Carta de 1886, hasta la fecha la de más prolongada vigencia en Colombia. Dicha Constitución, de filiación ideológica conservadora y marcadamente confesional, fue objeto de sucesivas reformas (las más importantes de: 1910, 1936, 1945, 1957 y 1968) que contribuyeron a adaptar el texto inicial a la cambiante realidad política y social del país. Sin embargo, el ordenamiento continuaba adoleciendo de graves carencias, sobre todo en lo que se refería a mecanismos de protección de los derechos fundamentales, y desde finales de los ochenta se generó un movimiento que abogaba por la promulgación de una nueva Constitución.

Al fracasar el sistema de reforma previsto por la Carta de 1886, que preveía como único poder constituyente al Congreso de la República, un amplio movimiento que aglutinó a diversos sectores de la sociedad propuso la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, propuesta que fue avalada por varios decretos del Ejecutivo y respaldada por una trascendental decisión de la Corte Suprema de Justicia, en aquél entonces, el órgano encargado del control de constitucionalidad.

La Constitución vigente fue redactada y aprobada entre febrero y julio de 1991 por una Asamblea Constituyente de origen democrático, de la cual formaron parte representantes tanto de los dos partidos políticos tradicionales, liberal y conservador, como de uno nuevo, el M-19, conformado a consecuencia de la incorporación a la vida civil del movimiento insurgente que con dicho nombre había existido desde 1970. Estos tres partidos tuvieron en la Asamblea un relativo equilibrio de fuerzas. Ocuparon también algunos escaños en la Asamblea miembros de otros partidos minoritarios, representantes de movimientos cívicos, religiosos y gremiales, así como miembros de comunidades indígenas y de grupos alzados en armas que entonces se encontraban en negociación de paz con el gobierno nacional. La pluralidad en el seno de la Asamblea, sin mayo-

ría absoluta de algún partido o grupo político, impuso la redacción de un texto consensuado, fruto del compromiso y de la síntesis de diversas posturas ideológicas y programáticas.

## II. PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS

Aunque el texto constitucional no tiene mayor grado de novedad si se le compara con los textos vigentes en otros países de su órbita cultural, internamente ha traído consigo un importante giro en el funcionamiento de las instituciones políticas y jurídicas. La consagración de los principios democrático y social desde la propia definición del Estado,<sup>1</sup> así como una abigarrada declaración de derechos fundamentales dotados de novedosos mecanismos judiciales de protección, y la configuración de un modelo de administración de justicia que otorga notable relieve institucional al Poder Judicial, han sido los factores que mayor protagonismo han tenido en la construcción del nuevo orden constitucional.

Siguiendo el esquema de la Constitución española, el texto colombiano dedica su título primero a enunciar los principios rectores del Estado colombiano. El artículo 1o. establece la cláusula de Estado social, que si bien, por razones obvias, no ha podido tener en Colombia el sentido y la aplicación que en otros ordenamientos constitucionales, pues una simple declaración no puede transformar una nación económicamente dependiente y atrasada en un Estado de bienestar, sí ha servido para que el intérprete constitucional fije importantes directrices sobre la conducta a seguir por los poderes públicos.

La Constitución reconoce también, en forma expresa, el pluralismo político, regional, cultural y étnico de la sociedad colombiana, fruto de lo cual, por ejemplo, no solo la lengua castellana es oficial en el territorio nacional, sino que convive con las lenguas indígenas de aquellos lugares habitados por comunidades étnicas que conserven sus idiomas ancestrales. Así mismo, la Constitución permite que los pueblos indígenas sean gobernados por autoridades propias según sus usos y costumbres, como también prevé un estatuto especial para el archipiélago de San Andrés y

1 El artículo 1o. de la Constitución dispone textualmente lo siguiente: "Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Providencia, y contiene algunas disposiciones referidas a las comunidades negras del Pacífico colombiano.

En virtud del principio de democracia participativa, la Constitución establece un sistema que combina las instituciones representativas con mecanismos de ejercicio directo del poder por parte de los ciudadanos. Se consagra entonces, por la propia Constitución, la posibilidad de convocatoria a plebiscitos, referendos, consultas populares y cabildos abiertos, así como la iniciativa legislativa popular y la revocatoria del mandato para los alcaldes y gobernadores.<sup>2</sup>

El voto es universal, directo y secreto. En todas las elecciones de instituciones representativas se aplica el sistema de cociente electoral y mayor residuo, lo que permite una adecuada participación de las minorías políticas en tales instancias de decisión. La edad mínima para votar es en la actualidad de dieciocho años, y puede ser modificada mediante una simple ley. Para la organización de las elecciones y de los escrutinios existe una organización electoral independiente de las ramas del poder, integrada por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría General de la Nación.

Así mismo, el Estado debe contribuir a la organización y promoción de diversas organizaciones no gubernamentales con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública. Los partidos políticos tienen expreso reconocimiento constitucional y la posibilidad del financiamiento estatal de sus actividades, con el cumplimiento de determinados requisitos, así como garantías constitucionales para el ejercicio de la oposición.

Aparejado al principio democrático, la Constitución consagra de manera expresa y reiterada el principio social. En virtud suya se establecen límites y funciones sociales al ejercicio de los derechos de los ciudadanos, así como deberes de solidaridad de todos los colombianos, además de establecerse que el Estado debe propender por la prosperidad general, la redistribución de la riqueza, la igualdad material de los ciudadanos y la vigencia de un orden “justo”.

2 La jurisprudencia constitucional se ha referido a la democracia constitucional colombiana, tildada de “participativa”, en los siguientes términos: “el pueblo no sólo elige a sus representantes por medio del voto, sino que tiene la posibilidad de intervenir directamente en la toma de ciertas decisiones, así como dejar sin efecto o modificar las que sus representantes en las corporaciones públicas hayan adoptado, ya sea por convocatoria o por su propia iniciativa, y la de revocarles el mandato a quienes han elegido” (Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994).

Se consagran también, como principios fundamentales, el respeto a la autodeterminación de los pueblos, la soberanía estatal en las relaciones internacionales, y la integración latinoamericana y del Caribe como principio orientador de la política exterior colombiana.

Todo ello, por supuesto, sin abandonar los principios liberales clásicos como el de legalidad, el de separación de poderes, la garantía de los derechos individuales, el régimen general de libertad y demás que definen a los Estados de derecho.

La declaración de derechos contenida en el título II, recoge en sustancia el estado actual de los derechos humanos a la luz de los tratados internacionales vigentes, lo que ha supuesto un notable ejercicio de puesta al día del ordenamiento colombiano en materia de derechos y libertades. Comprende tanto derechos de titularidad individual como colectiva, de abstención, de participación y de prestación, y de estirpe liberal, democrática y social. Se consagran también derechos de reciente configuración, como el medio ambiente sano o la autodeterminación informática.

No obstante, la carta de 1991 es desafortunada en su clasificación de los derechos, reservando, a diferencia de lo que hace la mayor parte del constitucionalismo actual, el calificativo de derechos fundamentales únicamente a las libertades clásicas de origen liberal (capítulo I, título II de la Constitución). Esta deficiencia, fue pronto subsanada por la jurisprudencia constitucional que favoreció una interpretación amplia y extensiva del concepto de derecho fundamental sin limitarlo a los estrechos márgenes mencionados.

Sin embargo, la principal novedad del régimen constitucional de los derechos fundamentales en Colombia no ha provenido de la extensión o del contenido de la declaración de derechos, sino del carácter auténticamente normativo que ha adquirido la Constitución, por oposición al régimen anterior. Es así como todos los derechos tienen rango supralegal, operan como límites a la actuación de las autoridades, además de contar con aplicación directa y tutela judicial reforzada de aquellos que se configuran como derechos subjetivos. Por otra parte, la acción del Estado está firmemente dirigida, desde la Constitución, a la construcción de un tejido social más igualitario y democrático.

Entre las garantías diseñadas para la defensa de los derechos fundamentales, ha cobrado inusitado relieve la “acción de tutela”, que no es más que la versión colombiana de lo que Cappelletti bautizara como la jurisdicción constitucional de la libertad. Este mecanismo procesal ha po-

tenciado la aplicación judicial de los derechos fundamentales mucho más allá de lo que imaginaron los propios redactores de la Constitución. Como premisa mayor de este fenómeno se encuentra la proclamación en el propio texto constitucional de un arsenal axiológico dentro del cual la vigencia y efectividad de los derechos humanos ocupan un lugar de predominio. En virtud de ello, por medio de un sencillo proceso judicial tipo amparo y la eventual revisión de las sentencias de instancia por la Corte Constitucional mediante un procedimiento que guarda cierta cercanía con el *writ of certiorari* estadounidense, se ha producido una notable jurisprudencia de protección y desarrollo de los derechos, que ha ampliado en grado nada despreciable el ámbito de libertad de los colombianos, a la vez que ha señalado nuevas pautas para la interpretación del ordenamiento jurídico, e incluso ha servido coyunturalmente para paliar los vacíos de legitimidad del sistema.

Debe también anotarse que la jurisprudencia constitucional en materia de tutela ha ocasionado en varias ocasiones fricciones y tensiones entre diversos órganos y poderes del Estado. En ello, la evolución colombiana de estos primeros años de “corte constitucional” no ha sido enormemente diversa de lo que ocurrió en Alemania, Italia o España, por citar apenas algunos ejemplos de la nada sencilla incardinación de tales tribunales, o de la jurisdicción constitucional de la libertad, dentro del esquema tradicional “europeo-continental” de administración de justicia, así como dentro del reparto de poderes, propio del Estado de derecho, e incluso, dentro del sistema y dinámica de creación del derecho propio de los estados legicentristas.

Además de la acción de tutela, son mecanismos judiciales específicos para la protección de derechos constitucionales las acciones populares y de grupo y el *habeas corpus*, así como la acción pública de inconstitucionalidad. Esta última, si bien no se limita a la protección subjetiva de los ciudadanos, puede perfectamente intentarse como mecanismo para expulsar del ordenamiento jurídico las disposiciones de rango legal que contraríen el régimen de los derechos fundamentales. Para completar el repertorio de garantías constitucionales, la Constitución introdujo la figura del defensor del pueblo (*ombudsman*), con atribuciones de promoción, divulgación y denuncia en materia de derechos fundamentales, el cual, si bien ha tenido un relieve institucional modesto, ha contribuido sin duda a aclimatar el régimen constitucional de libertades.

Todo lo anterior ha supuesto un significativo compromiso de los colombianos ante el enorme déficit en que se encuentra el país en materia de efectividad de los derechos fundamentales, aunque los avances son frágiles y cualquier dosis de optimismo parece en ocasiones una simple terapia de evasión ante la acerba realidad cotidiana.

### III. LA ESTRUCTURA DEL ESTADO COLOMBIANO

En cuanto a la estructura del Estado se refiere, la Constitución de 1991 distribuye y organiza el poder político de acuerdo al clásico principio de tridivisión de poderes. Esto es, existe una rama legislativa, una ejecutiva y una judicial, sin embargo, esos poderes tradicionales son complementados con la existencia de órganos de control autónomos e independientes de los restantes (la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación), y de ciertas entidades de naturaleza directamente constitucional como son el Banco de la República, la Comisión Nacional de Televisión y las comisiones reguladoras de servicios públicos.

#### 1. *La rama ejecutiva*

La rama ejecutiva del poder público se organiza en tres órdenes territoriales: el orden nacional, el seccional o departamental, y el orden local o municipal. En el orden nacional está integrada por el presidente de la República, el vicepresidente, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado (artículo 115, inciso final).

Tradicionalmente el constitucionalismo colombiano ha establecido diferencia entre los conceptos de rama ejecutiva y gobierno, reservando este último calificativo al entorno político y administrativo más cercano al presidente, la Constitución de 1991 conserva esta distinción y establece que el gobierno está formado por el presidente, el vicepresidente, los ministros y los directores de los departamentos administrativos. La composición exacta del gobierno, esto es, el número de ministerios y departamentos administrativos, así como su denominación y entidades a su cargo, es un asunto regulado por la ley, lo que se traduce necesariamente en una cierta rigidez en su estructura, en la medida que sólo puede ser modificado con la intervención del legislador con el tiempo y las etapas que el procedimiento legislativo requiere.

No obstante los esfuerzos del Constituyente de 1991 por lograr un equilibrio entre los distintos poderes, el colombiano sigue siendo un sistema presidencialista, lo que viene a significar que la institución constitucional más importante es, precisamente, el presidente de la República. Éste no tiene investidura parlamentaria, por tal motivo no necesita una confianza inicial del Congreso y no es posible exigir su renuncia cuando pierda el apoyo del cuerpo representativo. No obstante, está previsto un mecanismo de control político típicamente parlamentario que es la moción de censura, que opera exclusivamente frente a los ministros.

El presidente de la República de acuerdo a la Constitución (artículo 188) simboliza la unidad nacional y es jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa. Como jefe de Estado es el representante del país en el extranjero, y como tal dirige las relaciones internacionales, está a cargo igualmente de la defensa de la integridad nacional. Como jefe de gobierno se encarga de dirigir la política interna, de impulsar los órganos del Estado, de establecer los criterios y objetivos a cumplir en su mandato y de presentar proyectos legislativos en el Congreso. Como suprema autoridad administrativa tiene la competencia de dirigir el aparato burocrático del Estado, la totalidad de la administración pública, a efectos de cumplir sus políticas externas e internas.

Una expresión constitucional de la preponderancia del Poder Ejecutivo es la facultad que tiene el presidente de la República de expedir normas con fuerza de ley (decretos-leyes) cuando el Congreso lo autorice mediante la figura de la delegación legislativa, conocida en el ordenamiento colombiano como facultades extraordinarias (artículo 150.10), no obstante la nueva carta restringe esta potestad al prohibir que se deleguen ciertas materias y al establecer un límite temporal a su ejercicio.

De igual manera, el Ejecutivo también legisla bajo los estados de excepción, mediante la expedición de normas con fuerza de ley, llamadas por la doctrina decretos legislativos. Los estados de excepción en la Constitución colombiana son tres, el estado de guerra exterior, el estado de conmoción interior, y el estado de emergencia económica, social y ecológica, en este último, los decretos legislativos que puede expedir el presidente tienen una vigencia indefinida en el tiempo, a diferencia de los dos primeros en la que solo son efectivos mientras dura la situación de excepcionalidad, o de alteración del orden público. Las limitaciones constitucionales al tiempo de duración de los estados de excepción y el estricto control de la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos —su-



pliendo el inoperante control político del Congreso— son los rasgos distintivos del actual funcionamiento de la figura.

El presidente de la República es elegido directamente por el pueblo colombiano, por un periodo de cuatro años. En la Constitución de 1991 se introdujo el sistema de la doble vuelta en la elección presidencial; este sistema (artículo 190) establece que se realizará una primera ronda en la que resultará vencedor el candidato que obtenga la mitad más uno de los votos emitidos. Si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se realizará, tres semanas más tarde, una segunda vuelta en la que sólo podrán participar los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones en la primera ronda, y será elegido quien obtenga el mayor número de votos. La Constitución prohíbe en cualquier tiempo la reelección (artículo 197). Las faltas absolutas o temporales del presidente de la República son suplidas por un vicepresidente, elegido junto al primero.

Los ministros son los jefes o directores de un sector de la administración, pero a diferencia de los jefes de departamentos administrativos—con un perfil mucho más técnico— tienen un doble carácter, político y administrativo a la vez. Su condición de jefe de departamento ministerial, como posición administrativa, es simultánea con la de miembro de gobierno, como posición política. Ambas posiciones implican funciones distintas y complementarias: por una parte, la dirección de una división administrativa, y por la otra, la colaboración en la conducción del país. El ministro, así, actúa como auténtico puente ente la política y la administración.

Los restantes órganos que componen la rama ejecutiva están adscritos o vinculados a los ministerios y departamentos administrativos. Los órganos adscritos son las superintendencias y los establecimientos públicos, los vinculados son las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. La denominación de organismos vinculados que reciben estas entidades se explica por el vínculo que tienen con la administración central, en el sentido de que gozan de mayor autonomía respecto de ésta, comparativamente con la situación de las entidades adscritas.

## 2. *La rama legislativa*

El Poder Legislativo es ejercido por un órgano, el Congreso de la República, que está compuesto por dos cámaras: el Senado o Cámara alta, integrada por cien miembros elegidos en circunscripción nacional, ade-

más de dos senadores adicionales elegidos en una circunscripción nacional especial por las comunidades indígenas; y la Cámara de Representantes o Cámara baja, elegida por circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales. No hay diferencias significativas en cuanto a la organización y funciones de las dos cámaras.

El Congreso de la República tiene como funciones principales hacer las leyes, reformar la Constitución y ejercer el control político del gobierno y en general, de la administración pública. La elaboración de las leyes se realiza mediante un procedimiento legislativo en el que intervienen ambas cámaras: los proyectos, para que se puedan convertir en leyes, deben ser aprobados por una comisión especializada (Comisión Constitucional Permanente) y por el Pleno de cada cámara, se requieren cuatro votaciones.

Si bien el nuevo ordenamiento constitucional quita al Poder Legislativo el monopolio de la reforma de la Constitución —pues establece también los mecanismos de convocatoria a una asamblea nacional constituyente y el referéndum— el Congreso conserva la facultad de hacer enmiendas constitucionales, denominadas actos legislativos. La aprobación de reformas a la Constitución se realiza con un sistema de doble vuelta, cuya principal característica es que debe hacerse dos veces el trámite exigido para la aprobación de leyes, solo que en la segunda vuelta se exige mayoría absoluta en la aprobación de las modificaciones.

El control político se realiza mediante diversos métodos, siendo el principal las citaciones a los ministros y a los miembros del gobierno y de la administración, para que comparezcan a la plenaria de las cámaras o a las comisiones. También, como lo mencionamos anteriormente, existe la posibilidad de remover a los ministros de sus cargos cuando se aprueban mociones de censura. Además de estas funciones, el Congreso de la República se encarga de elegir a algunos de los más importantes funcionarios del Estado, como son procurador, el contralor, los magistrados de la Corte Constitucional y el defensor del pueblo, entre otros.

En el ordenamiento constitucional colombiano se establecen diversos tipos de leyes, de las que cabe destacar las leyes orgánicas y las leyes estatutarias. A esta clase de normas se reservan ciertas materias y tienen significativas diferencias en su procedimiento de elaboración respecto de las leyes ordinarias. La jurisprudencia constitucional ha sido algo confusa en cuanto a su naturaleza y se ha llegado a afirmar que tiene una jerarquía superior a las leyes ordinarias, razón por la cual su posición en el sistema de fuentes colombiano es aún objeto de debates.

Es de destacar que la Constitución de 1991 consagra un estricto régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los congresistas, y establece un procedimiento específico para la pérdida de investidura por la violación del mismo. Se trata de una acción pública que puede interponer la mesa directiva de la cámara a la que pertenezca el acusado o cualquier ciudadano colombiano. La solicitud da origen a un breve proceso ante el Consejo de Estado (máximo tribunal de lo contencioso administrativo) el cual puede culminar con la privación del escaño si el tribunal considera que el demandado incurrió en cualquiera de las causales previstas por la Constitución o la ley. Precisamente por su ágil configuración procesal, ha demostrado ser instrumento útil en la procura de moralizar a la que sin duda es la corporación más desprestigiada del Estado colombiano.

### 3. *La rama judicial*

También el Poder Judicial sufrió profundas transformaciones en el ordenamiento constitucional de 1991. Transformaciones dirigidas a hacer más eficiente y eficaz la administración de justicia, sobre la que pesaban, y pesan aún, graves cargos de lenidad y morosidad, que a juicio de algunos era una de las principales causas del conflicto interno colombiano. La carta también contemplaba la expedición de una Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, norma finalmente promulgada en 1996.

El capítulo I del título VIII de la Constitución, consagra una serie de principios que rigen la rama judicial. Es de anotar, sin embargo, que el ordenamiento constitucional mezcla en sus disposiciones principios de la administración de justicia (como son la celeridad y la eficiencia) con principios estructurantes del Poder Judicial (como la autonomía y la independencia judicial) y normas que consagran derechos fundamentales (como el derecho de acceso a la administración de justicia y el derecho de defensa), confusión que sigue presente en el título primero de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

La Constitución colombiana no adopta la figura propia de la unidad de jurisdicción. Del texto constitucional se desprende que al lado de la jurisdicción ordinaria existe una magistratura contencioso-administrativa, y una jurisdicción constitucional además de la jurisdicción penal militar, los jueces de paz y la jurisdicción indígena. De este modo, no existe, entre nosotros, un tribunal supremo, sino varios tribunales supremos (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional).

Otro principio que informa nuestro ordenamiento judicial, es el de la *difusión* del poder jurisdiccional entre los diversos jueces concretamente considerados. Si bien existe una jerarquía de los tribunales, no existe un órgano (un macropoder) susceptible de concentrar en él la “voluntad” del poder judicial, a diferencia de lo que ocurre con el Legislativo y el Ejecutivo. Todos los jueces y cada uno de ellos dispone directamente del poder de *jurisdictio*, confirmándose así el poder judicial como un complejo articulado de micropoderes. Esto es lo que ha venido defendiendo la Corte Constitucional (basándose en los famosos fallos de la *Corte Costituzionale* italiana de los años setenta) cuando declara el principio de autonomía funcional de los jueces.

La Constitución garantiza además la autonomía de los tribunales en su artículo 228. Para hacer efectivo este principio, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia regula detalladamente lo relativo a la carrera judicial, procurando asegurar la independencia personal de los funcionarios que se incorporan a ella, al establecer el mecanismo de concurso para el ingreso al servicio, y consagrando la permanencia en el cargo mientras se cumplan los requisitos establecidos por el mismo ordenamiento.

De la misma forma, el texto constitucional establece en su artículo 230 la así denominada, independencia funcional cuando consagra que el juez sólo está sometido a la ley —o mejor, a las fuentes del derecho constitucionalmente reconocidas— en el ejercicio de la función jurisdiccional. No obstante hay que introducir algunos matices, pues si bien tanto la Constitución como la ley establecen que la doctrina, la jurisprudencia, la equidad, y los principios generales del derecho son meros criterios auxiliares de la administración de justicia, hay ocasiones en que se convierten en fuente principal del ordenamiento jurídico y vinculan al juez.

Así, por ejemplo, los jueces de paz (en todos los casos), y los árbitros y conciliadores (eventualmente) pueden fallar en equidad. Además la Corte Constitucional ha sostenido que cuando existe una laguna legislativa y el juzgador debe aplicar directamente las normas constitucionales, está vinculado por la interpretación que haya hecho la propia Corte de los preceptos a aplicar.<sup>3</sup>

Contempla igualmente la carta colombiana, la autoadministración de la rama judicial, mediante la creación de un cuerpo colegiado encargado

3 Sentencia de Constitucionalidad 083 de 1995, reiterada por la Sentencia de Constitucionalidad 037 de 1996.

de la gestión de los recursos financieros y de los medios técnicos de la magistratura, así como del control disciplinario de los funcionarios judiciales, tal órgano es el Consejo Superior de la Judicatura (artículo 251, CP y artículo 75 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia). No cabe duda que se trata de un gran avance en dirección de asegurar la independencia externa de la rama judicial frente a los restantes poderes, intención que se ve desvirtuada en cierta medida por el sistema *sui generis* ideado por el Constituyente para la designación de los magistrados de esta corporación, en el que sólo participan el Congreso de la República y las otras altas cortes, sin que intervengan en ningún momento los funcionarios judiciales. De dicho procedimiento de nominación resulta un particular extrañamiento entre el Consejo Superior de la Judicatura y quienes integran a rama judicial, que se traduce en una pérdida de legitimidad y de representatividad del primero frente a los segundos.

Por otra parte, no cabe duda que el Poder Judicial, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia constitucional, está instituido para la defensa de los derechos asociados, de ahí que en los procedimientos y juicios que se lleven ante los tribunales deben tener efectiva aplicación las libertades y garantías fundamentales consagrados para la tutela de los individuos. La Constitución colombiana consagra gran número de disposiciones de esta naturaleza, entre las que se cuentan el derecho de acceso a la administración de justicia (artículo 229, CP), el principio de prevalencia del derecho sustancial, el derecho de defensa y el debido proceso (artículo 29, CP).

Dentro de las diversas reformas realizadas por el Constituyente de 1991, quizá una de las más importantes fue la creación de la Fiscalía General de la Nación, como órgano perteneciente a la rama judicial, encargado de investigar y acusar ante los jueces competentes a los presuntos infractores de la ley penal. En efecto, la nueva carta política introdujo en el ordenamiento colombiano algunos fundamentos del denominado sistema procesal acusatorio, contrario al inquisitivo, hasta entonces imperante.

A la Fiscalía General de la Nación se le atribuyó la investigación y acusación de los hechos punibles —salvo el caso de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (artículo 250, CP)—. Pero a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, el Constituyente de 1991 integró la Fiscalía dentro de la rama judicial, asignándole algunas funciones de naturaleza jurisdiccional. Este esquema se ha mostrado gravemente disfuncional, pues en

realidad se ha traducido en una reinstauración del viejo sistema inquisitivo, en donde los fiscales asumen el papel de los antiguos jueces de instrucción, con grave desmedro de las garantías constitucionales de los encausados.

El nuevo ordenamiento constitucional también fue pródigo en la creación de jurisdicciones especiales; a la ya tradicional (y de muy triste recuerdo) justicia penal militar se suman ahora los jueces de paz y la jurisdicción especial indígena.

Los jueces de paz son ciudadanos elegidos popularmente en circunscripciones municipales que fallan en equidad conflictos susceptibles de transacción, conciliación y desistimiento. Su consagración constitucional obedece en gran medida a la preocupación del Constituyente de 1991 de acercar la comunidad a los tribunales. Sin embargo, las simpatías de los constituyentes por la denominada “justicia comunitaria”, contrastaron con la falta de claridad sobre las formas de regular los mecanismos relacionados con dicho propósito. En consecuencia no solo se previó constitucionalmente la conciliación en equidad, como un mecanismo que buscaba replicar en Colombia la experiencia peruana de los jueces de paz, sino que también se consagró esta última figura de manera específica. Esta duplicidad ha sido fuente de confusiones que tienden a entorpecer el funcionamiento, en general, de la justicia comunitaria.

La jurisdicción especial indígena es desarrollo directo de uno de los principios rectores del ordenamiento constitucional colombiano: el pluralismo. El análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción que se comenta: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos particulares, la sujeción de tales procedimientos y normas a la Constitución y la ley, y finalmente la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas —que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”— mientras que los dos últimos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.<sup>4</sup>

4 Cfr. Sentencia de Constitucionalidad 139 de 1996.

La vigencia de la jurisdicción especial indígena —a diferencia, por ejemplo, de los jueces de paz— no estaba sujeta a la expedición de una ley que la regulara, y así desde la promulgación de la Constitución ha entrado en funcionamiento. La jurisprudencia constitucional ha señalado como factores determinantes para la competencia el factor personal —que el encausado sea indígena—, y el territorial —que los hechos que se juzguen hayan ocurrido dentro del territorio de la comunidad que los juzga—, y ha establecido como límite infranqueable al ejercicio de esta jurisdicción el respeto de los derechos fundamentales de los encausados.

#### 4. *La jurisdicción constitucional*

No obstante, todas las transformaciones antes consignadas, pierden relevancia al lado del que sin duda ha sido el órgano más importante del ordenamiento constitucional colombiano, y el verdadero gestor de una nueva forma de entender e interpretar la carta política: la Corte Constitucional. Si bien el control de constitucionalidad no había sido extraño a la historia colombiana —en realidad el sistema colombiano es uno de los más antiguos en Iberoamérica, pues se remonta a 1910— lo que si es novedoso es la creación de una jurisdicción constitucional, y de un órgano encargado específicamente de tal tarea.

Esto no significa que la Constitución de 1991 estableciera un sistema de control de constitucionalidad que siga los lineamientos del modelo europeo, en el cual todas las decisiones sobre la exequibilidad de las normas se concentran en un único tribunal. Casi todas las particularidades del anterior sistema de control sobrevivieron al cambio de ordenamiento, sólo que ahora se articulan con la creación de un órgano específico al que se le confía la guarda de la supremacía e integridad de la carta. Sigue existiendo entonces, además de la acción pública de inconstitucionalidad, la así llamada vía de excepción, en virtud de la cual en un caso específico y con efectos *inter-partes*, cualquier juez o incluso cualquiera autoridad administrativa puede abstenerse de aplicar una disposición en caso que ésta contradiga el texto de la carta política (artículo 4o.).

Lo que justifica entonces, la peculiar importancia de la Corte Constitucional, es el papel que el mismo órgano decidió asumir desde un comienzo, al emprender la tarea de hacer realmente efectivo el texto constitucional, sin importarle caer muchas veces en un franco activismo judicial, sustituyendo de este modo a los restantes poderes cuya voluntad

de cambio era escasa. Así, frente a la inercia del Congreso, la Corte Constitucional no ha dudado en suplir los vacíos legislativos, como tampoco en asumir la tarea de control político del Ejecutivo que en principio le correspondía a este órgano. Si bien dicha actitud no es *per se* criticable, pues se trata de un activismo claramente garantista y en ese sentido protector de los derechos y libertades, por otra parte, ha generado un cúmulo de expectativas frente a la opinión pública que es difícil que la Corte pueda satisfacer sin violentar a su vez el propio texto constitucional y el principio de la separación de poderes.

### 5. *Los organismos de control*

Bajo el término órganos de control la Constitución de 1991, agrupa a las instituciones que de manera específica se encargan de vigilar la gestión fiscal y administrativa de las entidades públicas, así como la conducta de los funcionarios estatales. Conforme a la Constitución de 1991, tales órganos son dos: la Contraloría General de la Nación y el Ministerio Público, ambos tienen un carácter autónomo e independiente, separados de los restantes poderes públicos, sin embargo, también están obligados a colaborar armónicamente para la realización de los fines del Estado (artículo 113, CP). Pese a los buenos propósitos del Constituyente de 1991, que se preocupó por regular detalladamente lo relativo al manejo de los recursos estatales, modificando el sistema de control de la gestión fiscal, ahora posterior y selectivo, e incentivando la participación ciudadana en la vigilancia de los fondos públicos, la actividad de la Contraloría se ha demostrado hasta la fecha insuficiente para frenar el fenómeno de la corrupción, profundamente instalado en el *stablishment* colombiano.

No ha sucedido lo mismo con el Ministerio Público —más que un órgano es un conjunto de funciones desempeñadas por la Procuraduría General de la Nación, el defensor del pueblo y los personeros municipales y distritales— que cada vez cobra más importancia en el ejercicio del control disciplinario de los funcionarios públicos, en la protección del interés general, y en la defensa y promoción de los derechos humanos.

### 6. *El ordenamiento territorial*

La distribución del poder dentro del Estado no solo se realiza con criterios funcionales como es el caso del establecimiento de las ramas del poder y los demás órganos constitucionales. También se distribuye el po-



der dentro del Estado con el propósito de realizar un equilibrio entre los intereses territoriales que se encuentran a lo largo de nuestra geografía.

El colombiano es un Estado unitario, lo que viene a expresarse en el hecho de que existe un solo Poder Legislativo que se encuentra en el Congreso de la República, existe una administración de justicia que aplica las mismas normas a todos los colombianos y cuyos tribunales superiores se encuentran en la capital del país, y en lo relativo al Poder Ejecutivo el territorio se divide en entidades político-administrativas que se denominan entidades territoriales.

Las entidades territoriales clásicas son los departamentos y los municipios. Toda la extensión del país está dividida en departamentos y éstos a su vez están compuestos por municipios. A estas entidades territoriales se le suman los distritos, que vienen a ser municipios con un régimen diferenciado, los territorios indígenas, y además existe la posibilidad de establecer como entidades territoriales a las regiones (que se formarían con la unión de dos o más departamentos) y las provincias.

La Constitución proclama la autonomía de las entidades territoriales (artículo 1o.). Este es un concepto aún por desarrollar en nuestro ordenamiento que debe decantarse en la doctrina y en la jurisprudencia, y que en la actualidad no supone una excepción al sistema de estructuración jerárquica del sistema de fuentes. El Congreso sigue concentrando la potestad legislativa, y la autonomía se entiende como un concepto análogo al de descentralización administrativa, comprensión que aporta poco en orden a potenciar las facultades de los entes territoriales.

Finalmente, se debe dejar claro que la Constitución colombiana es municipalista, no en vano el artículo 311 de la Constitución dispone que el municipio es la “entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado”. A la vez que define los objetivos del municipio, principalmente en torno a la prestación de los servicios públicos, la promoción de la participación comunitaria y el mejoramiento del nivel de vida de sus habitantes. Se considera el municipio como el punto de partida desde el cual se construye, de abajo hacia arriba, el ordenamiento institucional del país. En este orden de ideas, las demás entidades territoriales incluyendo a los departamentos deben colaborar o ser instrumentos que permitan desarrollar las actividades de los municipios

#### IV. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Por último, quiero referirme a la así llamada Constitución económica. Al igual que la mayoría de los ordenamientos vigentes la carta colombiana, junto a las libertades económicas clásicas —libertad de empresa, libre competencia, la libre elección de profesión u oficio y la garantía de la propiedad privada— consagra elementos de carácter netamente intervencionista, como son la Dirección General de la Economía por el Estado, y un novedoso sistema de planeación conformado por una Ley Orgánica y leyes cuatrianuales expedidas por cada gobierno. En la carta de 1991 se establece que radica en el Congreso la función de fijar los lineamientos generales de intervención del Estado en la economía (artículo 150-12). No obstante, la realidad constitucional colombiana es diferente, y lo corriente es que el Legislativo delegue tan importante función en el gobierno, práctica que se ha visto incrementada en los últimos años con la declaratoria de numerosas emergencias económicas, estado de excepción que incrementa las potestades reguladoras del Ejecutivo.

Por otra parte, la Constitución de 1991, adopta un modelo de banca central independiente, cuyo órgano rector, la Junta Directiva del Banco de la República, opera a su vez como máxima autoridad en materia monetaria, crediticia y fiscal, privando al Ejecutivo de las potestades reglamentarias que anteriormente tenía en dichas materias. Esta entidad goza de plena autonomía frente a los restantes poderes y órganos del Estado, y tiene como principal función la conservación de la capacidad adquisitiva de la moneda.

No puedo terminar mi intervención sin señalar que si bien la Carta de 1991 ha significado una profunda transformación en las instituciones y en la práctica constitucional colombiana, no cumplió su propósito inicial de servir como instrumento generador de consenso y de marco para una solución pacífica del conflicto que desangra nuestro país. Por el contrario, bajo su vigencia la guerra se ha intensificado, aunque por factores ajenos a la carta. De ahí que nuevamente se plantee por los diferentes actores armados, la necesidad de introducir profundas modificaciones al ordenamiento vigente o incluso expedir una nueva Constitución.

## PROBLEMAS ESCOGIDOS DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

José F. PALOMINO MANCHEGO\*

SUMARIO : I. *Introducción*. II. *Visión panorámica de la Constitución Política de 1979*. III. *Estructura constitucional de la carta política de 1993*. IV. *Algunas bondades de la Constitución de 1993*. V. *¿Cuáles son los problemas escogidos?* VI. *Consideraciones finales*. VII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Una de las características propias de nuestro constitucionalismo histórico es que las Constituciones políticas se han gestado bajo la visión traumática de que ellas podrán, en sí, solucionar los grandes problemas nacionales, cuando en rigor, el trasfondo de cada Constitución ha sido fruto y resultado de singulares crisis políticas que cambiaban los rumbos del Estado al vaivén de los intermitentes caudillos que hemos tenido, incluso hasta el presente siglo.

Quebrada la institucionalidad jurídico-política preexistente, había la necesidad de que los nuevos regímenes se legitimaran en función de la ficción jurídica que implicaba una nueva carta política. Así las cosas, y recordando la visión de Manuel Vicente Villarán, el Perú ha vivido haciendo y deshaciendo Constituciones. Lo propio afirmaría José Pareja Paz-Soldán, en el sentido de que cada doce o quince años el Perú cambiaba de Constitución.

En esa línea orientadora, la Constitución de 1993 no escapa a esa tendencia histórica propia de los regímenes latinoamericanos. Desde luego, la Constitución de 1993 ostenta perfiles singulares en las que se crea:

\* Profesor de derecho constitucional de las universidades Nacional Mayor de San Marcos de Lima y de la Academia de la Magistratura de Perú. El autor contó con la colaboración de Gerardo Eto Cruz.

- a) Una crisis global de los tradicionales partidos políticos.
- b) Cierta rechazo de la ciudadanía a la clase política.
- c) Una aceptación de que era preferible la violación a cierta institucionalidad democrática en aras a una posibilidad de desarrollo económico.

Este fenómeno incluso se reflejó en el procedimiento que existió al momento de la aprobación del referéndum constitucional, pues en la práctica la ciudadanía fue consultada, si bien formalmente, sobre la nueva Constitución que era desconocida por la mayoría de los ciudadanos, empero, ésta aprobó al régimen que se instauraba a partir del autogolpe del 5 de abril de 1992.

En consecuencia, podría aseverarse que históricamente lo que existió en 1993 fue un *referéndum plebiscitario*, es decir, el pueblo, con cierto margen de apoyo, no aprobaba una nueva Constitución, sino al gobierno de Alberto Fujimori, que por aquél entonces gozaba de una incuestionable popularidad.

En líneas generales, se puede afirmar que haciendo un cotejo entre la Constitución Política de 1979 y la actual Constitución de 1993, se desprende que mientras aquella fue expresión de una transacción política y que reflejó una *ideología social-demócrata*, la actual Constitución acusa una apertura ideológica liberal que se trasluce en un *liberalismo ortodoxo* en lo económico, sin que se haya podido evidenciar esfuerzos en conciliar con otras aperturas en el ámbito social. Una buena prueba de ello son, por ejemplo, las limitaciones a un sector de los derechos económicos, sociales y culturales y cuyo influjo de la Constitución de México de 1917, es difícil obviar.

## II. VISIÓN PANORÁMICA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979

La Constitución de 1979, fue un texto que se inscribió en las modernas tendencias del constitucionalismo contemporáneo. Desde luego, el texto formalmente encerraba diversas limitaciones que, a la postre, podían haber sido superadas mediante el procedimiento normal de la reforma constitucional. De no haberse producido el autogolpe del 5 de abril de 1992 y de haberse auspiciado las reformas que la realidad y experiencia de ese momento aconsejaban, aún se hubiera mantenido la carta de

1979. Todo hubiera operado contando con los marcos de una adecuada reforma constitucional. De ahí que resulta importante tener en cuenta la presencia de un poder constituyente derivado, pues éste cumple importantes funciones.

Conforme señala Pedro de Vega, tres son los aspectos en que opera la reforma en la moderna organización constitucional democrática: *a)* como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política; *b)* como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, y *c)* como institución básica de garantía.

Ahora bien, en los doce años de vigencia de la Constitución de 1979 se plantearon aproximadamente 85 proyectos de reforma constitucional, muchos de ellos técnicamente necesarios, sin embargo, no hubo intención política para realizarlo. En el periodo gubernamental 1990-1992, quizá por la falta de mayoría parlamentaria del gobierno fujimorista, los congresistas si bien les correspondía desarrollar una labor legislativa y fiscalizadora, en la práctica no lo hicieron.

La Constitución de 1979 —criterio que todavía se mantiene en pie en gran parte de los partidos y agrupaciones políticas— debió seguir vigente. Para ello era necesario que el poder de reforma que tiene el Parlamento, en cualquier momento auspiciara y ejecutara las reformas que la dinámica política imponía. Ello, como bien se sabe, no ocurrió. En esa perspectiva las cuotas de responsabilidad de lo que en la actualidad se vive les asiste a los partidos políticos de los años noventa.

En líneas generales, y siguiendo a Domingo García Belaunde, los principales rasgos característicos de la Constitución de 1979 son:

- a)* Fue un texto *consensuado*, es decir, fruto de diversas posiciones político-partidarias que reflejaron una composición plural. De ahí que se realizaron diversas concesiones entre los constituyentes. Si bien los representantes en mayoría de la Asamblea Constituyente fueron el Partido Aprista Peruano (APRA) y el Partido Popular Cristiano (PPC), un espectro político muy importante proviene de la izquierda marxista cuyo sentir se reflejó en el texto constitucional.
- b)* Consagró un pluralismo, tanto en el orden económico (artículos 110, 112 y 113) como en el orden político (artículo 68). En efecto, admitió diversas modalidades de propiedad. Afirmó, asimismo, una economía social de mercado (artículo 113). También, ratificó cierto intervencionismo estatal heredado del docenio militar (artículos 111, 113 y

- 114), sin que ello implique un divorcio con la iniciativa privada (artículo 113). En el ámbito político, extendió un *status* a los partidos políticos sin discriminación alguna (artículos 69, 70 y 71).
- c) Consagró un respeto y afirmación por los derechos fundamentales (artículos 4o., 80 y 105), hecho sin precedentes. Por otro lado, los derechos constitucionales consagrados en la parte dogmática no se agotaban con la positivación, sino que el constituyente afirmó la cláusula de los derechos fundamentales innóminados (artículo 4o.), consagrándolos como derechos implícitos. Es decir, aquellos derechos que aunque no estén legislados podrán ser incorporados a través de la cláusula extensiva (artículo 4o.). A mayor abundamiento, a través de un artículo específico (artículo 105) consagró la internacionalización de los derechos, ahora como derechos humanos, otorgándole rango constitucional a los tratados sobre dicha materia, aspecto que fue pionero en el mercado comparado latinoamericano, y que hoy lo han suscrito otras Constituciones, tales como la de Guatemala de 1985. Irónicamente, la Constitución de 1993 no tomó en cuenta este mensaje. Dicho sea de paso, la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 establece que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.
  - d) Reflejó toda una impronta antimilitarista, tal y conforme se desprende de una visión en conjunto del texto político (artículos 64, 81, 82, 141, 204, 278 y 307). Por lo demás, esto se explica en la medida que la Asamblea Constituyente de 1978-1979 afirmó una postura contra el docenio militar que empezaba a extinguirse.
  - e) La Constitución reflejó una tendencia reglamentaria. Es decir, el constituyente pensaba que el texto político debería de prever todos los hechos posibles, y que se explicaba recogiendo la experiencia histórica.
  - f) Se perfeccionó la protección procesal de los derechos fundamentales, con la incorporación de las garantías constitucionales, tales como el *habeas corpus*, el amparo popular y la acción de inconstitucionalidad.

- g) Afirmó explícitamente que el Perú es un Estado social y democrático de derecho.
- h) Plasmó un afán descentralista. Por vez primera, aunque con diversos efectos, se normaba un interesante proyecto de modelo regional, situación que a la postre no dio buenos resultados, dándose más bien otro resultado: el centralismo gubernamental.
- i) La configuración de nuevos órganos constitucionales. En efecto, superando la clásica visión triárquica del poder político, se incorporaron otros órganos constitucionales: Consejo Nacional de Magistratura, Tribunal de Garantías Constitucionales, Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones y Contraloría General de la República.
- j) Mantuvo en sus normas un “maximalismo programático”, es decir, la Constitución contiene una generosa cantidad de normas programáticas que pretenden realizar una función de mito político para crear un esperanza de mejoría. Como si se quisiera la insuficiencia y las injusticias de las estructuras sociales, se crean *grandes promesas constitucionales* que pretenden garantizar futuras sociedades de bienestar general.

En esencia, tales serían las notas características de la Constitución de 1979. Pensamos que era necesario esperar un buen tiempo para que se vaya reafirmando el sentimiento constitucional y obtenga los resultados que en su día bosquejaron los constituyentes.

### III. ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE LA CARTA POLÍTICA DE 1993

Como ha apuntado Francisco Fernández Segado, la estructura constitucional de los códigos políticos, es decir, el orden sistemático de su contenido, así como su extensión, no son datos arbitrarios, sino que intencionadamente responden a una precisa voluntad.

En nuestro caso, la Constitución de 1993 contiene un total de 206 artículos a los que hay que agregar 16 disposiciones finales y transitorias, y una declaración. El texto va precedido de un mal denominado preámbulo, en vista de que de su propio contenido se desprende que no lo es. El texto se nos presenta como uno de los más lacónicos, aunque en diversos artículos acusa una amplitud que linda con el reglamentarismo.

La estructura está compuesta de los siguientes títulos: *De la persona y de la sociedad* (artículos 1o. al 42). II. *Del Estado y la nación* (artículos 43 al 57). III. *Del régimen económico* (artículos 58 al 89). IV. *De la estructura del Estado* (artículos 90 al 199). V. *De las garantías constitucionales* (artículos 200 al 205). VI. *De la reforma constitucional* (artículo 206).

#### IV. ALGUNAS BONDADES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Respetando la propia sistemática de la Constitución expondremos las apreciaciones pertinentes de las bondades que contiene dicho texto.

##### 1. *De la persona y de la sociedad*

En este título se incluyen cuatro capítulos. En el capítulo relacionado a “Los derechos fundamentales de la persona”, si bien mantiene el clásico catálogo de los derechos fundamentales, un aspecto positivo es el haber reafirmado el tema de los “derechos implícitos”, con lo cual se posibilita una interpretación extensiva sobre el tema, tan delicado, de los derechos constitucionales. Otro aspecto relevante es el relativo a la reafirmación del derecho que tiene toda persona a usar su lengua aborígen (derecho a la identidad étnica). De igual forma, se ha incorporado el “derecho a la identidad”, que ha sido desarrollado con profundidad por Carlos Fernández Sessarego. Signifiquemos también que los aspectos de la democracia semidirecta han sido reconocidos en el código político; remoción, revocación, iniciativa popular de las leyes, referéndum, y elección popular de los jueces. El derecho de petición que se otorga a nivel individual a los miembros de la Policía Nacional, así como a los miembros de las Fuerzas Armadas es otro de los aspectos que debemos destacar.

##### 2. *Del Estado y la nación*

Destaca en el presente título el principio de la forma de gobierno “democrática, social, independiente y soberana”. Del mismo modo, se supera la discriminación que había en la Constitución de 1979 respecto a los idiomas oficiales, siendo ahora el castellano, el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes.



### 3. *Del régimen económico*

Es verdad que el presente rubro ha sido el más criticado, empero, es de rescatar una bondad: la defensa de los consumidores y usuarios, aun cuando ella se inscriba dentro de los marcos de una economía libre de mercado que se le asigna al Estado. El tema de los recursos naturales y del medio ambiente también merecen ser reconocidos.

### 4. *De la estructura del Estado*

Este apartado es el más extenso del texto constitucional. Nos remitimos a decir los aspectos más saltantes, tales como el marco de las relaciones Ejecutivo-Legislativo, en el sentido que el presidente del Consejo de Ministros o uno de los ministros concurren periódicamente a las sesiones plenarias del Congreso para la estación de preguntas. Con todo, debería haberse establecido que la concurrencia no sea potestad del ministro, sino obligatoria, aunque no sea para interpellarlo.

Por lo que respecta al Poder Judicial —tema espinoso— se evidencian algunas proyecciones. Se supera la vieja nomenclatura de “garantías de la administración de justicia”, por una expresión que guarda armonía con el ámbito procedimental, es decir, “principios y derechos de la función jurisdiccional”. También, se incorpora como una novedad en el sistema jurídico peruano la aplicación del derecho consuetudinario que será impartido por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas.

### 5. *De las garantías constitucionales*

El tema de la jurisdicción constitucional es ahora materia de atención en el rubro de las garantías constitucionales, añadiéndose tres nuevos procesos constitucionales: el *habeas data*, la acción de cumplimiento y los conflictos de competencia y atribución, con lo cual a la fecha tenemos seis procesos constitucionales. Bueno es recordar que la comunidad académica constitucional peruana viene alentando la expedición de un Código Procesal Constitucional a fin de aglutinar en un solo cuerpo normativo todo lo concerniente a los procesos constitucionales.

## V. ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS ESCOGIDOS?

Una Constitución, no obstante los buenos oficios que ofrecen sus redactores para que se cumpla como tal, en el terreno práctico tiene otros efectos. De ahí que más de una de ellas en el derecho constitucional comparado tienen problemas que jamás se imaginaron quienes la elaboraron, especialmente en las Constituciones latinoamericanas. La Constitución de 1993 no podía escapar de esta verdad. Como agudamente ha puesto de relieve Diego Valadés, la nómina de los problemas constitucionales del Estado contemporáneo es amplísima: soberanía, integración supranacional, dimensión del Estado, Estado de bienestar, sistemas de gobierno, control político, control jurisdiccional, control financiero, flujos financieros internacionales, organización del poder, sistema representativo, participación directa, federalismo, regionalismo, órganos de relevancia constitucional, organismos no gubernamentales, nuevos derechos, regulación de procesos científicos y clínicos, límites del derecho, naturaleza reglamentaria de la Constitución y reforma constitucional.

Cada uno de estos problemas, algunos con mayor énfasis, salen a flote en los textos constitucionales, desviándose así la voluntad del constituyente. O también, dejándose de lado su redacción para dar forma y justificar, con leyes de inferior jerarquía, la marcha y conducción del Estado, sobre la base de tropelías, que no hacen otra cosa que desdibujar el contenido del código político.

La Constitución de 1993 se ha visto en la encrucijada de tener que soportar un maltrato, ya sea en la parte dogmática como en la parte orgánica, conforme lo veremos a continuación:

### 1. *Parte dogmática*

A nivel de derechos fundamentales, aunque mantiene casi la mayoría de los derechos civiles y políticos se han suprimido un contingente de dispositivos de carácter social o derechos económicos, sociales y culturales (aproximadamente hay cincuenta artículos suprimidos de raíz). El fundamento de estas supresiones ha sido a través de un razonamiento simple pero comprensible dentro del pensamiento liberal: sólo se deben precisar las normas que no tienen “costo económico al Estado”. Aquellas normas que supongan para su materialización un egreso, deben ser suprimidas. En el mejor de los casos, deben ir progresivamente implementándose.

Esto es, en concordancia con la Undécima Disposición Final y Transitoria: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

En el área de la economía se expresan reglas puras y simples de una economía de libre mercado, y no se da pie a posibles protecciones de los trabajadores que siempre son los más desprotejidos en las relaciones laborales.

## 2. *Parte orgánica*

En el Congreso se refleja la reforma del régimen bicameral por el unicameral, con la reducción de congresistas —que debe de ampliarse dado la representatividad de más de 24 millones de habitantes—. La potestad fiscalizadora se limita, y se acrecienta la eventual disolución del Congreso por parte del Poder Ejecutivo.

En el Poder Judicial se amplía la pena de muerte, y sobre todo la potestad de casación que tiene el fuero común sobre las resoluciones de la justicia militar solo precedería en caso que la sentencia sea pena de muerte. Así, el Poder Judicial no puede revisar las sentencias que impongan el Consejo Supremo de Justicia Militar, con lo cual se viola flagrantemente el principio de la unidad de jurisdicción.

De otro lado resulta preocupante que el fuero militar amplíe su ámbito competencial para juzgar a los paisanos por los delitos de terrorismo y traición a la patria, pues la tendencia contemporánea es que el fuero militar sólo juzgue a sus pares y no a los civiles. La tesis proteccionista en torno a la pena de muerte es otro problema que debemos mencionar. El hecho que se pueda aplicar la pena de muerte por el delito traición a la patria “en caso de guerra”, y el de terrorismo, se presta a interpretaciones diversas, pues la omisión de “guerra convencional” permitiría a la larga aplicar la pena capital para cualquier tipo de conflicto armado.

Respecto al Poder Ejecutivo, se evidencia un reforzamiento. El centro de gravitación del poder político se centra exclusivamente en el órgano ejecutivo frente a los demás órganos. Las atribuciones del Ejecutivo son ampliadas a nivel de potestad legislativa mediante los decretos de urgencia. En lo que respecta al Consejo de Ministros, se constata un peso mayor del que se tenía, si bien ello no es criticable, el tema de la crisis de gabinete sí lo es, pues, frente a una censura total, el Congreso sólo podrá hacerlo por una sola vez.

El tema de la reelección presidencial, tan debatida por la actual coyuntura, aun en países como Estados Unidos, responde a sus particulares características del sistema político. Empero, la experiencia latinoamericana ha aconsejado que la reelección, a la larga, resulta nefasta, y la Constitución de 1993 innovó el presente tema, siendo los resultados, a la fecha, cuestionados.

Finalmente, mencionemos el problema de la autonomía municipal. A diferencia de la Constitución de 1979, la Constitución de 1993 reconoce a los entes municipales autonomía política, económica y administrativa. Sin embargo, se ha llevado a cabo durante estos últimos años la expedición de dispositivos legales en materia municipal por parte del Congreso y del Poder Ejecutivo con el propósito de quitarle facultades a los gobiernos locales, atentándose con ello la autonomía local o municipal.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Visto en perspectiva, el reciente proceso constitucional, se inserta en un espacio de reacomodamiento del modelo democrático en América Latina.

Si hay un rasgo que todavía no podemos zanjar, es el rebrote del caudillismo en nuestros países, que ha significado la introducción a un proceso de “enmascaramiento constitucional”, en el que so pretexto de necesarias reformas constitucionales, en realidad se ha buscado “conservar” a los gobernantes de turno en el poder.

El problema ha sido que bajo tal pretexto, los avances normativos a nivel constitucional se han visto con serios retrocesos, lo que ha generado que en ciertos sectores políticos, y casi unánimemente en el ámbito académico, se postule por volver a la Constitución de 1979, conservando algunos aspectos de los pocos, que la carta de 1993 acertó.

Como se observa, el inicio de un nuevo siglo no ha sido auspicioso en el plano constitucional para el Perú, y todo hace pensar que en un futuro inmediato las cosas no van a cambiar sustancialmente.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía sobre el derecho constitucional peruano se ha incrementado notablemente con la dación de la Constitución de 1979. A la fe-

cha, la producción bibliográfica empieza a causar vértigo. De ahí que nos permitimos mencionar solamente las obras que se ha consultado para la elaboración del presente ensayo.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique (con la colaboración de Alberto Otarola), *La Constitución de 1993*, Lima, Ediciones Constitución y Sociedad, 1999.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993.

— y PALOMINO MANCHEGO, José F. (coords.), *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Lima, Editorial Grijley, 1997.

COLOMER VIADEL, Antonio, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispana, 1990.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *La Constitución de 1993. Análisis y comentario*, serie Lecturas sobre Temas Constitucionales, Lima, 1994 (t. 10), 1995 (t. 11).

DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1995.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Esquema de la Constitución peruana*, Lima, Justo Valenzuela, 1992.

—, *Las Constituciones del Perú*, Lima, Edición Oficial, Ministerio de Justicia, 1993.

—, “Sobre la problemática constitucional en el Perú de hoy. Reflexiones al inicio de 2000”, en este libro.

— y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La Constitución peruana de 1993*, Lima, Grijley, 1994.

—, “Procesos constitucionales en América Latina”, en LANDA, Cesar y FAUNDEZ, Julio (eds.), *Desafíos constitucionales contemporáneos*, Lima, PUC, Fondo Editorial, 1996.

GARCÍA TOMA, Víctor, *Análisis sistemático de la Constitución Política de 1993*, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1998, 2 ts.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*, Madrid, Reus, 1985.

PAREJA PAZ-SOLDAN, José, *Las Constituciones del Perú, exposición, crítica y textos*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1954.

RUBIO CORREA, Marcial, *Estudios de la Constitución Política de 1993*, Lima, PUC, Fondo Editorial, 1998, 6 ts.

VALADÉS, Diego, “Las cuestiones constitucionales de nuestro tiempo”, *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999.

VILLARAN, Manuel Vicente, *Lecciones de derecho constitucional*, Lima, PUC, Fondo Editorial, 1998.

*Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*,  
1a. reimp., editado por el Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir  
el 20 de septiembre de 2004 en los talleres de For-  
mación Gráfica S. A. de C. V. En esta edición se  
empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las  
páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos  
para los forros; consta de 1000 ejemplares.